

---

# DISCUSIONES 27

— 2 - 2021 —

## LAS PREMISAS DETRÁS DE LA APLICACIÓN DEL DERECHO



EDITORIAL  
DE LA UNIVERSIDAD  
NACIONAL DEL SUR

**Director**

Federico José Arena (Conicet, Argentina)

**Secretaría de redacción**

Daniela Domeniconi (Universidad Nacional de Córdoba)

Sofía Pezzano (Conicet, Argentina)

**Comité Científico**

Andrés Bouzat (Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca, Argentina)

Pierluigi Chiassoni (Università di Génova, Italia)

José Peralta (Universidad Nacional de Córdoba, Argentina)

Francisca Pou Giménez (ITAM, México)

Susanna Pozzolo (Università di Brescia, Italia)

Cristina Redondo (Conicet, Argentina)

**Consejo Editorial**

Juan Cumiz (Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca, Argentina)

Diego Dei Vecchi (Universitat de Girona, España)

Sofía Pezzano (Universidad Nacional de Córdoba, Argentina)

Natalia Scavuzzo (Università di Genova, Italia)

Valeria Trotti (Universidad Nacional de Córdoba, Argentina)

*Editores de sección**Discusiones: Cortes.*

Flavia Carbonell (Universidad de Chile)

Carolina Vergel (Universidad Externado de Colombia)

*Discusiones: Libros.*

Lorena Ramírez (Universidad Pompeu Fabra, España)

Janaina Roland Matida (Universidad Alberto Hurtado, Chile)

*Discusiones: Balance*

Pablo Rapetti (ITAM, México)

Laura Manrique (Conicet, Argentina)

**DIRECCIÓN POSTAL**

Avda. Colón 50, planta alta, Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, CP B8000HZZK, Argentina.

**DIAGRAMACIÓN:**

Fabían Luzi

## Nota del director

En este número se produce un cambio en la sección Balance de una Discusión: Diego Dei Vecchi pasa al Consejo Editorial y Pablo Rapetti acompañará a Laura Manrique en la edición de los próximos balances. Quiero agradecer a Diego por el esfuerzo y compromiso durante todos estos años, haciendo que la sección adquiriera peso propio.

Por otro lado, este año la revista ha conseguido un objetivo muy importante: la incorporación al Catálogo 2.0 de Latindex. Esto no solo supone la posibilidad de acceder a nuevos índices y catálogos y un beneficio para quienes publiquen en *Discusiones*, sino que también refleja, ahora formalmente, la calidad de nuestra revista que forjaron sus directores anteriores, Pablo Navarro y Hernán Bouvier. Se trata del fruto de años de trabajo, varios transcurridos durante la dirección de Hernán, destinados a ajustar la revista a los parámetros exigidos por los sistemas de indexación. Muchas son las personas que colaboraron en ese sentido. Empezando por quienes fueron responsables de sección: Pau Luque, Paula Gaido, Rodrigo Sánchez Brígido, Sebastián Elías y Diego Dei Vecchi; pero también quienes lo son actualmente: Laura Manrique, Lorena Ramírez, Janaina Matida, Flavia Carbonell, Carolina Vergel y Pablo Rapetti. Sin su compromiso con la calidad editorial, la indexación no hubiese sido posible. Fundamental ha sido la perseverancia y precisión con que las secretarías de la revista han pacientemente procurado que los requisitos se cumplan en cada número, por eso, un gracias, que siempre será poco, a Daniela Domeniconi, Samanta Funes y Sofía Pezzano.

*Discusiones* es una revista colaborativa, hecha, digamos, artesanalmente por un grupo de personas que intentamos aprender y ejercer lo mejor posible el oficio de editores. Por eso, fue indispensable y también fundamental el apoyo institucional ofrecido por la Universidad Nacional del Sur, en especial del Departamento de Derecho, a través de su decana, Pamela Tolosa, y su secretario académico, Sebastián Arruiz. A ello se suma la amable y crucial colaboración del director de la Biblioteca Central, Víctor

Ferracuti, quien nos abrió las puertas de la plataforma OJS y todo se volvió más sencillo. Igualmente vital es el sostén de la editorial de la universidad, EdiUNS, y especialmente de Fabián Luzi, a cargo de la diagramación de cada número de la revista.

En definitiva, como se advierte, son muchas las personas y poco el agradecimiento que se puede expresar en estas líneas.

Ciertamente, tomamos este como el primer paso de un recorrido más largo, dirigido a lograr que *Discusiones* siga obteniendo el reconocimiento formal de su calidad.

# DISCUSIONES 27

2 - 2021

## “LAS PREMISAS DETRÁS DE LA APLICACIÓN DEL DERECHO”



SEBASTIÁN FIGUEROA RUBIO

(EDITOR)

---

### ÍNDICE

---

EN RECUERDO DE EUGENIO BULYGIN	7
UNAS PALABRAS EN RECUERDO DE EUGENIO BULYGIN.....	9
RICARDO CARACCILO ( <i>Universidad Nacional de Córdoba, Argentina</i> )	
SECCIÓN I: <b>DISCUSIÓN</b>	
Introducción al debate en torno a “¿Qué es aplicar derecho?”. <i>Introduction to the Debate on “What Is It to Apply the Law?”</i> .....	13
SEBASTIÁN FIGUEROA RUBIO ( <i>Universidad Autónoma de Madrid, España</i> )	
¿Qué es aplicar derecho? <i>What Is It to Apply the Law?</i> .....	25
LUÍS DUARTE D’ALMEIDA ( <i>University of Edinburgh, Reino Unido</i> )	
Aquiles, la Tortuga y la aplicación de normas jurídicas como un “asunto particularista” sin particularismo. <i>Achilles, the Tortoise and the Application of Legal Rules as a “Particularistic Affair” without Particularism</i> .....	59
MARÍA GABRIELA SCATAGLINI ( <i>Universidad de Buenos Aires, Argentina</i> )	
Comentario a “¿Qué es aplicar derecho?” de Luís Duarte d’Almeida. <i>Comments to Luís Duarte d’Almeida’s “What Is It to Apply the Law?”</i> .....	77
HUGO R. ZULETA ( <i>Universidad de Buenos Aires, Argentina</i> )	

Aplicación del derecho y los casos Noara y Jaffa Cakes (en diálogo con Luís Duarte d'Almeida). *The Application of Law and the Noara and Jaffa Cakes Cases (A Conversation with Luís Duarte d'Almeida)* ..... 99  
 JOSÉ JUAN MORESO (*Universitat Pompeu Fabra, España*)

Aplicación del derecho y la justificación de las decisiones judiciales. *Law-Application and the Justification of Judicial Decisions*..... 115  
 LUÍS DUARTE D'ALMEIDA (*University of Edinburgh, Reino Unido*)

**SECCIÓN II: DISCUSIONES: CORTES**

Tentativa y dolo eventual: una crítica de la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema chilena. *Criminal Attempts and dolus eventualis: A Critique of some Recent Decisions by the Chilean Supreme Court* ..... 165  
 JUAN PABLO MAÑALICH R. (*Universidad de Chile, Chile*)  
 ALEJANDRA OLAVE A. (*Universidad Nacional Andrés Bello, Chile*)

**SECCIÓN III: DISCUSIONES: LIBROS**

Sobre Problemas en torno a la desigualdad. Un enfoque poliédrico, de Esteban Llamosas y Guillermo Lariguat (eds.) *On Problemas en torno a la desigualdad. Un enfoque poliédrico, by Esteban Llamosas and Guillermo Lariguat (eds.)* ..... 187  
 ILSSE CAROLINA TORRES ORTEGA (*Instituto Tecnológico de Estudios Superiores de Occidente, México*)

**SECCIÓN IV: DISCUSIONES: BALANCE**

La teoría del derecho de contratos como desafío. *Contract Law Theory as a Challenge*..... 207  
 ESTEBAN PEREIRA FREDES (*Universidad Adolfo Ibáñez, Chile*)

INSTRUCCIONES PARA LAS/OS AUTORAS/ES..... 239

## **EN RECUERDO DE EUGENIO BULYGIN**

Hace unos meses recibimos la triste noticia del fallecimiento de Eugenio Bulygin (1931-2021). Entre muchas otras cosas, el profesor Bulygin es parte fundamental de la historia de esta revista. No solo por su vínculo con la Universidad Nacional del Sur, sino también por su estrecha colaboración y amistad con quienes fueron sus fundadores y directores. A modo de homenaje dedicaremos este espacio de la revista para recordarlo, en las palabras de quienes lo conocieron.





## UNAS PALABRAS EN RECUERDO DE EUGENIO BULYGIN

Me han pedido que escriba unas líneas en recuerdo de Eugenio Bulygin. Permítaseme ubicarlo en un cierto período histórico. No cabe duda de que la década que transcurre entre 1956 y el golpe de Estado de junio de 1966 se puede describir como un período de oro de la universidad argentina y, especialmente, de la Universidad de Buenos Aires. En todas las disciplinas, en todas las áreas científicas, se produjeron cambios cualitativos que contribuyeron a alcanzar niveles de excelencia comparables a las mejores universidades del mundo. Por supuesto, ello vale también para la Facultad de Derecho de la UBA. Como consecuencia del azar, comencé a cursar en ese espacio la carrera de Derecho en 1963 y pude, entonces, como estudiante, beneficiarme de las clases de profesores de máxima jerarquía académica y puedo dar testimonio de semejantes cambios. Uno que me parece especialmente trascendente fue la notoria modificación que se estaba produciendo en las formas y teorías destinadas a comprender el derecho desde el punto de vista de la filosofía.

En el Instituto de Filosofía del Derecho, durante esos años, y bajo la dirección del mítico profesor Ambrosio Gioja, un grupo de jóvenes intelectuales comenzó a trabajar —y a enseñar— los problemas jusfilosóficos mediante las herramientas de la contemporánea filosofía analítica, en todas sus variantes, hasta entonces ausente en las facultades de derecho de este país. Eugenio Bulygin era un destacado miembro de ese grupo, un genuino agente —junto con sus colegas— de lo que puede calificarse, sin duda alguna, como un cambio cultural de extraordinaria importancia. Por supuesto, ello no debe entenderse como una imposible ruptura con la mejor tradición en el ámbito de la teoría del derecho, sino como la puesta a punto de nuevos puntos de vista sobre antiguos problemas, incluyendo la posibilidad de mostrar que son pseudoproblemas. Como muestra de semejante cambio, en los cursos de grado se enseñaba la nueva versión de la *Teoría Pura del Derecho* de Hans Kelsen, la de 1960, en la traducción de

Roberto Vernengo, a la par de la presentación en castellano —por Genaro Carrió— de *El Concepto del Derecho*, el por entonces reciente y fundamental libro de Herbert L. A. Hart de 1961, el que es —como se sabe— un ingrediente básico de cualquier formación jurídica que se precie. Es verdad que actualmente, es difícil apreciar la importancia y significado de esa genuina transformación cultural, toda vez que las estrategias conceptuales de esta manera de entender la labor filosófica constituyen actualmente un componente habitual de la mejor bibliografía especializada.

Como un verdadero paradigma de ese cambio, Eugenio Bulygin y Carlos Alchourrón publican en 1971, en Nueva York y en Viena, el notable libro *Normative Systems*, el que pocos años después aparece en Buenos Aires y es posteriormente traducido a otros idiomas. No se puede dejar de reconocer la calidad e importancia de esta obra, como se evidencia en las notas bibliográficas que dan cuenta de ello, en las revistas más relevantes de la comunidad jusfilosófica. Mediante la utilización, básicamente, de ideas de Carnap y del aparato de lógica deóntica de Von Wright este trabajo presenta una precisa reconstrucción conceptual de la idea de “sistema normativo”, y de cuestiones asociadas a la estructura formal de sistemas normativos no interpretados, cualquiera sea su origen o naturaleza y cualquiera sea su contenido sustantivo, ya sean sistemas morales, de derecho natural, o de algún derecho positivo. No es en modo alguno, la presentación o defensa —como algunos erróneamente así lo han interpretado— de una teoría, positivista o no positivista sobre el derecho. No obstante ese carácter general, numerosos conceptos de interés jurídico se esclarecen mediante ese análisis, tales como el de “caso” o el de “laguna normativa”, a la vez que se discuten, tal vez, a mi criterio, de manera definitiva, interrogantes típicos, como lo es, por ejemplo, el de la existencia, necesaria o no, de normas de clausura en el derecho.

Se puede asumir a *Normative Systems* como un umbral a partir del cual seguir los pasos del impresionante material teórico que Eugenio Buygin, en forma individual o en conjunto con Carlos Alchourrón, ha producido a lo largo de su extensa carrera. Con indudable talento, ha intervenido en todos los problemas más importantes de la agenda contemporánea de discusiones en el espacio de la filosofía del derecho, defendiendo sus ideas en memorables polémicas con otros autores relevantes. Así, cuestiones como la de la existencia de normas, la de la objetividad del derecho, la naturaleza del

lenguaje normativo, la distinción entre puntos de vista interno y externo, entre otras, abordadas en libros, artículos, conferencias o seminarios conforman ese material de cuya revisión nadie, seriamente, interesado puede prescindir.

A lo largo de toda su obra, hay al menos algunas tesis filosóficas acerca del derecho que Bulygin estuvo, en todo caso, dispuesto a defender. En primer lugar, el positivismo jurídico teórico como única manera racional de enfrentar esas cuestiones. En segundo lugar, el esencial papel de la lógica como herramienta de precisión. Como consecuencia de ello, la distinción entre “norma” y “proposición normativa” de uso imprescindible en cualquier análisis. En tercer lugar, la separación tajante entre teoría y práctica, sin cuya admisión, solo se puede incurrir en confusiones. Tal vez, habría que incluir también su escepticismo en metaética.

Está fuera de discusión la calidad de su producción intelectual pero, más importante, es la calidad de la persona que fue Eugenio. Fue generoso, de manera incondicional, con los más jóvenes al apoyarlos sin reservas en sus carreras, o al discutir sus propuestas con la mente abierta. Fue un excelente amigo, dispuesto a colaborar en cualquier empresa académica que estimaba valiosa, amistad que acompañaba siempre con su buen humor y su franca sonrisa. Amaba a su familia, como hijo, esposo, padre y abuelo. Disfrutaba de su casa en Santa Catalina, de una cabalgata, de una visita a alguna iglesia románica o de una buena partida de ajedrez.

Eugenio Bulygin murió en Buenos Aires, en mayo de 2021, cuando restaban pocos meses para alcanzar sus noventa años. Es una gran pena. Pero el legado de su talento constituye una de las formas en las que va a permanecer en nuestra memoria. Sin duda, será así.

Ricardo Caracciolo

(Universidad Nacional de Córdoba, Argentina)



## Introducción al debate en torno a “¿Qué es aplicar derecho?”

*Introduction to the Debate on “What Is It to Apply the Law?”*

Sebastián Figueroa Rubio\*

Recepción y evaluación de propuesta: 05/04/2019

Aceptación: 17/06/2019

Recepción y aceptación final: 27/11/2021

**Resumen:** Esta introducción al número de *Discusiones* en que se debate el artículo de Luís Duarte d’Almeida tiene dos objetivos. Primero, presentar el contexto del debate, señalando algunas de sus resonancias. Segundo, dar una visión general de los principales temas examinados en las diversas contribuciones al volumen.

**Palabras clave:** aplicación del derecho, silogismo jurídico, modelo de la aplicabilidad.

**Abstract:** This introduction to the issue of *Discusiones* debating Luís Duarte d’Almeida’s paper has two aims. First, it sets the context of the debate and points out some of its resonances. Second, it provides a brief overview of the main issues addressed in the various contributions to the volume.

**Keywords:** law-application, legal syllogism, applicability model.

\* Doctor en Derecho, Universitat de Girona, España. Profesor, Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Madrid, España.  
Correo electrónico: sebastian.figueroa@uam.es

## 1. Introducción

Cada cierto tiempo nos encontramos con textos que dan cuenta de ciertas incomodidades que uno percibe, pero no sabe bien cómo articular. Estos textos permiten revisar ideas ampliamente defendidas que no son completamente satisfactorias y, con ello, repensar algunas intuiciones con las que trabajamos. En mi opinión, el trabajo de Luís Duarte d'Almeida “¿Qué es aplicar derecho?”, objeto de la discusión que acá presento, es uno de esos textos.

En mi experiencia haciendo clases de teoría del derecho, al momento de buscar en la literatura un modelo para explicar la estructura de la justificación de las decisiones judiciales que aplican derecho, me he encontrado con que casi todos los textos contemporáneos utilizan la noción de silogismo jurídico.<sup>1</sup> De hecho, al menos desde el célebre trabajo de Cesare Beccaria,<sup>2</sup> este se entiende como un modelo satisfactorio para realizar dicha explicación.

Este modelo supone conjugar varias cuestiones acerca del tipo de razonamiento que está en juego, la idea de justificación presente en el contexto jurídico y el uso de la lógica para la reconstrucción de la argumentación, entre otras cosas. Esto es claramente presentado por Alchourrón y Bulygin en los siguientes términos:

El razonamiento jurídico que pretende mostrar que una decisión o una pretensión están justificadas de acuerdo al derecho vigente es esencialmente deductivo o, por lo menos, puede ser reconstruido como una inferencia lógica en la que, sobre la base de dos tipos de premisas, normativas y fácticas, se llega a una conclusión que afirma que ciertas consecuencias jurídicas son aplicables a un caso particular (Alchourrón y Bulygin, 1991, p. 308).

Dicho modelo finalmente redunda en la reconstrucción de todo razonamiento bajo un esquema que tiene una estructura del siguiente tipo:

<sup>1</sup> Es difícil de exagerar en nuestra tradición la influencia de esta idea. Se puede encontrar en los principales textos sobre la materia de autores tan diversos como Aulis Aarnio, Robert Alexy, Manuel Atienza, Eugenio Bulygin, Pierluigi Chiassoni, John Gardner, Herbert Hart, Neil MacCormick y José Juan Moreso (véase las referencias en Moreso, 2021. n. 10).

<sup>2</sup> Véase Duarte d'Ameida, 2019, p. 345.

- (a) Para todo individuo  $x$  que posea la propiedad  $P$ , es obligatorio que haga  $R$ .
- (b) El individuo  $a$  posee la propiedad  $P$ .

Por tanto (de (1) y (2)),

- (c) Es obligatorio que el individuo  $a$  haga  $R$ .<sup>3</sup>

A simple vista el modelo parece explicar de manera sencilla todo lo que está en juego en dicho contexto, así como la forma en que dichas cuestiones se relacionan entre sí. La noción de silogismo jurídico se hace cargo de que, en el contexto jurídico, al resolver problemas concretos (presentados como “casos”<sup>4</sup>) se *utilizan* normas generales. De esta manera, se presenta al silogismo como una manifestación del *modus ponens* en donde una premisa principal se corresponde con la expresión de una norma jurídica (a),<sup>5</sup> una particular con las cuestiones de facto constitutivas del caso (b), y una conclusión que expresa aquello que debe hacerse respecto del caso (c), entendida como un enunciado jurídico.

Cuando, con el tiempo, he ido utilizando el modelo para representar el razonamiento justificativo que está presente en sentencias judiciales distintas de aquellas citadas en los manuales (aunque usualmente en textos introductorios no se utilizan sentencias judiciales, sino que ejemplos hipotéticos simples que ayudan a ilustrar el punto), me he enfrentado con muchas dificultades. Así, por ejemplo, en ocasiones no es clara la forma en que es posible y plausible interpretar lo que dicen los tribunales en sus sentencias en términos de una premisa normativa general que represente la interpretación de los materiales jurídicos dada, sin violentar lo expresado en la sentencia. Por otra parte, a veces se presentan muchas dificultades para explicar claramente qué es lo expresado por la denominada premisa

<sup>3</sup> Tomo la forma de la manera en que Jorge Luis Rodríguez (2021, p. 697) cita a Robert Alexy y Jerzy Wróblewski. El mismo se puede encontrar en Atienza, 2005, p. 20.

<sup>4</sup> Véase la sección 5 de Duarte d’Almeida, 2021.

<sup>5</sup> Esto se sustenta muchas veces bajo la idea de que una norma es *el significado* de una disposición jurídica (véase Narváez, 2015 y Scatagliini, 2021a, pp. 129-132).

fáctica y de qué manera ello se vincula con el antecedente de la llamada premisa normativa.<sup>6</sup> Este tipo de problemas son rápidamente detectados por los estudiantes y obligan a utilizar la imaginación con el fin de hacer una buena reconstrucción de la decisión judicial bajo análisis. Se puede pensar que estas experiencias no hablan de por sí en contra del modelo, pero considero que los problemas con que me he topado explican al menos parcialmente el desarrollo de una amplia literatura en donde se han generado diferentes maneras de entender las premisas del silogismo jurídico y su formalización.

Teniendo en consideración tanto esas dificultades como las diversas formas de entender los elementos del silogismo jurídico, en su ensayo de 2019 “On the Legal Syllogism”, Luís Duarte d’Almeida pone en duda la tesis de que este sea el mejor *modelo* para explicar la justificación de las decisiones judiciales. A quienes defienden dicha tesis, les denomina *deductivistas de reglas* y somete sus visiones a una intensa revisión, preguntándose acerca de qué sentido de justificación está en juego. Así, revisa, por una parte, qué quiere decir en ese modelo que la conclusión *se siga* o *deba seguirse* de las premisas y, por otra, cómo es que dicho modelo permite explicar que un enunciado jurídico particular se encuentra justificado (a partir de que una norma jurídica se aplica a un caso).<sup>7</sup> Dicha revisión redundante en un conjunto de críticas que muestran defectos del modelo.

De aceptar dichas críticas, quienes nos dedicamos a reflexionar (y a enseñar) estos temas nos quedaríamos sin un modelo con el cual reconstruir dichas justificaciones. De hecho, al finalizar el ensayo referido en el párrafo anterior, Duarte d’Almeida expresa que a partir de su análisis crítico se hace necesario realizar una clarificación acerca de qué significa *aplicar una dis-*

<sup>6</sup> Cabe indicar que estos problemas no son aquellos vinculados a si se puede aplicar lógica de primer o segundo orden al razonamiento práctico o a aquellos razonamientos en que normas son expresadas como premisas (véase Rodríguez, 2021, caps. I.3-5, VII.2), aunque están vinculados.

<sup>7</sup> Estas críticas son analizadas y discutidas de diversas maneras por los tres comentaristas de esta discusión. Hugo Zuleta lo hace en las secciones 1 y 3 de su comentario, mientras que María Gabriela Scataglini en la sección 1 y José Juan Moreso en todo su trabajo, aunque con mayor detalle en la sección 2. Dichas críticas son, a su vez, presentadas por el autor en las secciones 2.1, 2.2 y 3.2 de su respuesta. De este modo, en este volumen es posible acceder a dichas tesis también, si necesidad de acudir al texto de 2019.



*posición a un caso*, así como qué quiere decir *que una disposición se aplique a un caso*.<sup>8</sup> Aquí es precisamente donde el trabajo “¿Qué es aplicar el derecho?” entra en juego, pues en este texto Duarte d’Almeida presenta un modelo diferente, en el cual prescinde de varios de los elementos centrales del silogismo jurídico, así como de los supuestos de los cuales las y los deductivistas de reglas sostienen sus propuestas. Esto implica para el autor hacerse cargo de varias cuestiones centrales de la materia, tales como identificar qué elementos de una decisión pueden definirse como puramente mentales, cómo estos se vinculan con lo expresado en una sentencia judicial, y de qué manera dicho vínculo puede entenderse como una justificación. Además de ello, como puede sospecharse de lo dicho anteriormente, el modelo debería ser capaz de dar herramientas a quienes reflexionan (y enseñan) sobre estas cuestiones para mostrar la estructura de aquellas decisiones (en que se resuelve un caso concreto con normas generales). Sin ánimo de adelantar lo que se dice en los textos del autor que forman parte de este número de *Discusiones*, quisiera reproducir la estructura alternativa del modelo de la aplicabilidad que propone, con el fin de que el lector o lectora pueda apreciar el contraste con el modelo del silogismo jurídico:

- (1) Si la disposición  $p$  se aplica a  $x$ , entonces  $c$ .
- (2) La disposición  $p$  se aplica a  $x$ .

Por lo tanto (de (1) y (2)),

- (3)  $c$ .
- (4) Si  $c$ , y no hay consideraciones compensatorias [*i. e.* consideraciones de igual o mayor fuerza en sentido contrario], entonces, todo considerado, este tribunal debe jurídicamente (o no es el caso que no deba)  $\varphi$ .
- (5) No hay consideraciones compensatorias.

Por lo tanto (de (3), (4) y (5))

- (6) Todo considerado, este tribunal debe jurídicamente (o no es el caso que no deba jurídicamente)  $\varphi$ .

---

<sup>8</sup> Véase Duarte d’Almeida, 2019, p. 359.

No quisiera adelantar más cuestiones al respecto, pero tengo la sensación de que muchas de las incomodidades que produce el modelo del silogismo jurídico son enfrentadas satisfactoriamente por el modelo presentado en “¿Qué es aplicar derecho?”. Sin embargo, abrazar dicho modelo supone renunciar a varias ideas fuertemente arraigadas en la tradición, por lo que considero muy recomendable leer el texto y preguntarse cuán convincente es la propuesta y qué implica realmente su aceptación.

Respecto a lo dicho en el párrafo anterior, al terminar de leer el borrador de “¿Qué es aplicar derecho?”, el cual el autor generosamente compartió conmigo un tiempo atrás, sentí la necesidad de preguntar a especialistas en el tema qué consecuencias se siguen de las ideas presentadas en el texto. Como es posible imaginar, tanto una crítica a una perspectiva comúnmente aceptada como una propuesta que se aleja de ella serán blanco de diversas reacciones, es precisamente la pregunta acerca de cuáles pueden ser esas reacciones lo que me motivó a coordinar la discusión que sigue a continuación. Los tres comentaristas, una experta que recientemente ha publicado un libro acerca de *la práctica* de aplicación de normas jurídicas<sup>9</sup> y dos consagrados expertos que han explorado extensamente las diversas cuestiones vinculadas con la justificación de las decisiones judiciales,<sup>10</sup> se refieren en sus comentarios tanto al modelo de aplicabilidad de Duarte d’Almeida como al del silogismo jurídico con gran profundidad. Al haber muchas cosas en juego, la discusión que sigue a esta introducción resulta ser, a mi parecer, muy fructífera. De este modo, en los textos se tratan temas tales como el rol de la explicación científica al proponer modelos, qué supone subsumir, cómo deben entenderse las excepciones en el razonamiento jurídico, las características de las razones normativas, cómo debe interpretarse el problema del seguimiento de reglas y el debate entre universalismo y particularismo en el razonamiento práctico, entre otros.

A continuación, para abrir espacio a la discusión, presentaré brevemente algunos temas centrales que los participantes de la discusión tratan en sus textos. No pretendo ser exhaustivo, sino más bien llamar la atención sobre algunos tópicos particularmente atractivos.

---

<sup>9</sup> Scataglini, 2021a. Véase especialmente los capítulos III y IV.

<sup>10</sup> Véase, entre los muchos trabajos de estos autores, Moreso, 2009, parte III; Zuleta, 2008.

## 2. Temas objeto de discusión

En el texto que es objeto de *discusión*, Luís Duarte d’Almeida se propone enfrentar tres conjuntos de preguntas. Uno refiere al *objeto directo* de la aplicación del derecho (*i. e.*, ¿qué es exactamente lo que aplica un tribunal cuando aplica derecho?); otro al *objeto indirecto* de la aplicación del derecho (*i. e.*, ¿a qué, exactamente, los tribunales aplican derecho?); y el tercero concierne al *contenido* de la aplicación del derecho (*i. e.*, ¿es “aplicar el derecho” el nombre de un tipo específico de acción? Si es así, ¿cuáles son sus características distintivas?). Si tenemos en cuenta la estrategia seguida, se puede apreciar que gran parte del texto se centra en responder a este último conjunto de preguntas. Para hacerlo el autor propone distinguir entre dos tipos de aplicación del derecho a las que denomina *inferencial* y *pragmática*. La primera hace referencia al razonamiento que se lleva a cabo para derivar consecuencias (llegar a una conclusión) sobre la base de que una disposición es aplicable a un caso. La segunda, por su parte, refiere a una acción que tiene una pretensión autoritativa respecto de la solución del caso en cuestión y que se apoya en la aplicación inferencial. Las secciones 2 y 3 del texto analizan cada una de dichos tipos de aplicación y la relación entre ambas se revisa en la sección 4.

En este contexto, juega un rol importante la noción de *enunciado de aplicabilidad* entendido como “una afirmación de segundo orden acerca de la aplicabilidad de una determinada disposición a un determinado objeto”.<sup>11</sup> Este tipo de enunciado, presente en la premisa (2) del modelo de Duarte d’Almeida reproducido más arriba, marca en gran medida la diferencia con el modelo del silogismo práctico, toda vez que pretende mostrar el tipo de compromiso adoptado por quien aplica el derecho, lo cual, a su vez, tendrá consecuencias en cómo se entiende la justificación de las decisiones, así como la relación que se da entre los *hechos del caso* y las disposiciones jurídicas. Consecuentemente, en la sección 5 se examina la noción de “caso”; y, en la sección 6, se indagan las relaciones entre los tres conjuntos de preguntas a partir del modelo propuesto, haciéndose cargo

<sup>11</sup> Véase Duarte d’Almeida, 2021, sección 2.4.

de, por ejemplo, qué implica que una consideración sobre la relación entre una disposición y un caso *dé apoyo* a una conclusión.

Como ya se adelantó, la discusión se desenvuelve a partir de tres comentarios. El primero es escrito por Hugo Zuleta. Este se dedica, por una parte, a revisar las críticas de Duarte d'Almeida al modelo del silogismo jurídico (sección 3) y, por otra, a cuestionar la forma en que el modelo de la aplicabilidad puede funcionar como una alternativa plausible (secciones 4 y 5). Respecto de lo primero, quisiera destacar algunas cuestiones. En primer lugar, el autor tendrá muy presente la diferencia entre los modelos respecto de cómo debe introducirse una premisa que haga referencia a la disposición aplicable al caso: en uno como la expresión de una norma universal, en el otro, como parte de un enunciado de segundo orden. En segundo lugar, Zuleta revisa cómo debe interpretarse el funcionamiento del *modus ponens* en el contexto de la reconstrucción de una decisión judicial que aplica derecho. Si bien manifiesta tener ciertas reservas respecto a cómo se entiende normalmente este tipo de razonamiento, así como estar de acuerdo con la distinción entre los tipos de aplicación propuesta en el texto discutido, indica que las principales críticas que Duarte d'Almeida dirige contra el modelo del silogismo jurídicos pueden ser contrarrestadas. En particular, analiza el rol de la cláusula “No hay consideraciones compensatorias” del modelo de Duarte d'Almeida y, siguiendo el trabajo de Jorge Luís Rodríguez, propone enfrentarlo por medio de distinguir entre derrotabilidad intrasistémica y extrasistémica.

Luego, Zuleta analizará a fondo el rol que juegan los modelos en cuanto dispositivos de elucidación, cuestionando la pretensión de Duarte d'Almeida respecto de cómo debe vincularse un modelo con lo que desea explicar y, con ello, poniendo en duda el rol que puedan jugar los contraejemplos presentados en la parte crítica de la obra de Duarte d'Almeida. Esto le permite a Zuleta dirigir la atención hacia qué es lo que debe hacerse explícito cuando se presenta una estructura de un razonamiento, poniendo en duda la necesidad de incorporar enunciados de segundo orden dentro del modelo. Con esto el autor no niega que ese tipo de enunciados puedan formar parte de un razonamiento, pero pone en duda si debería expresarse en las premisas. Con base en ello, Zuleta crítica la noción de Duarte d'Almeida respecto de lo que expresa su modelo y, con ello, afirma que es

necesario hacer más aclaraciones acerca de lo que supone la aplicación inferencial, pues de la forma en que está presentada en el modelo de la aplicabilidad nos quedamos en tinieblas.

La última sección del texto de Zuleta trata brevemente algo que es trabajado con mayor detalle en el comentario de María Gabriela Scataglini: el debate entre particularistas y universalistas al momento de dar cuenta de la justificación de los juicios prácticos. Por una parte, en la argumentación crítica de Duarte d’Almeida se sostiene que es implausible atribuir a quien razona jurídicamente un compromiso con una premisa de primer orden cuyo contenido es una norma universal y, por otra, afirma en su texto que la aplicación del derecho “es, en cierto sentido, un asunto particularista”.<sup>12</sup> A diferencia de Zuleta, Scataglini se muestra favorable a esta idea, al menos cuando es entendida como la negación de que cuando se aplica una norma el agente se representa una proposición general “tal que incluyera, por ejemplo, un listado de todas las excepciones posibles”.<sup>13</sup>

A partir del acuerdo más general que la autora manifiesta tener con Duarte d’Almeida, en las secciones 1 y 2 de su comentario, se dedica a desarrollar algunas cuestiones que quisiera resaltar. La primera es la reflexión que presenta acerca de lo que significa *subsumir* y como ello se vincula con lo que implica *hacer* una inferencia en el contexto de la aplicación de normas. La autora se sirve del clásico argumento presentado por Lewis Carroll en su texto *Lo que la tortuga dijo a Aquiles* para argumentar que es insatisfactorio un modelo que solo apele a premisas que consistan en enunciados de primer orden. A ello agrega que es necesario entender la realización de estas operaciones mentales como parte de un *saber cómo* y no como parte de un *saber qué* que puede ser formalizado en enunciados de primer orden.

Además de lo anterior, la siguiente pregunta se encuentra presente en el comentario de Scataglini: ¿la aplicación pragmática es exclusiva de la decisión judicial? Basada en los argumentos indicados en el párrafo anterior, la autora arriba a la conclusión de que no es así. Esto le lleva a criticar la manera en que Duarte d’Almeida presenta el elemento *performativo* de dicha forma de aplicación, mostrando su desacuerdo con el autor.

<sup>12</sup> Véase Duarte d’Almeida, 2021, sección 2.4.

<sup>13</sup> Véase Scataglini, 2021b, sección 2.

El último comentario es realizado por José Juan Moreso. La estrategia de este autor es discrepar con lo propuesto por Duarte d'Almeida, tanto en sus aspectos críticos como en su propuesta, a partir del análisis de dos casos. En la sección 2 de su comentario analiza el caso *Noara* que es presentado por el autor como un mismo tipo de caso que el caso *Luffe* (utilizado por Duarte d'Almeida para cuestionar el modelo del silogismo práctico). Específicamente, Moreso argumenta que, en dichos casos en donde parece que el modelo del silogismo práctico está condenado, una lectura correcta de todo el derecho aplicable a la situación puede mostrar que dicha condena no es real, sino que es más bien una conclusión apresurada. De esta forma, la aparición de una posible inconsistencia entre la formulación de la premisa normativa y la premisa fáctica de un silogismo, realmente dependerá de si la reconstrucción del derecho aplicable es buena o mala. Con ello, se puede subsanar, a su vez, los problemas que parece haber entre los hechos del caso y la formulación del supuesto de hecho en la premisa normativa del silogismo jurídico que muchas veces supone un rompecabezas para quienes buscan mostrar la estructura de dicho razonamiento.

En las secciones 3 y 4 de su comentario, Moreso vuelve sobre el problema de la aplicación de ideas particularistas al debate. Utilizando el caso *Jaffa Cakes*, aprovecha de analizar el rol de las “consideraciones compensatorias”. Más concretamente, reivindica la importancia de entender las razones normativas como consideraciones generales y no particulares y, a partir de ello, muestra ciertas consecuencias al analizar el razonamiento de un tribunal. A ello agrega que no debe confundirse dicha generalidad con un modelo mecanicista de la aplicación del derecho.

Para concluir el volumen, en su réplica, Duarte d'Almeida se enfrenta al conjunto de consideraciones planteadas en los comentarios que, como se puede apreciar, incluyen cuestiones tratadas por la metaética, la lógica y la filosofía de la ciencia, entre otras disciplinas. El autor desarrolla 15 puntos en los cuales se pueden identificar tres distintas operaciones. La primera es explicar la relación entre su trabajo previo y el acá discutido (secciones 2.1, 2.2, 2.7, 3.2 y 4.1), la segunda consiste en clarificar ciertas nociones básicas del modelo de la aplicabilidad presentado en “¿Qué es aplicar derecho?” (secciones 2.3, 2.4, 2.9, 3.1, 3.4, 4.2.) y la tercera consiste en criticar algunas afirmaciones y suposiciones de los comentaristas (secciones 2.4, 2.5, 2.6,

2.7, 3.1, 4.1). Su réplica a Zuleta se centra en que el comentario se sostiene sobre varios malentendidos, lo que le permite clarificar gran parte de lo que el modelo de aplicabilidad pretende expresar. A su vez, cuestiona la forma en que según Zuleta y, con él, los deductivistas de reglas, entienden la plausibilidad de una explicación. En su réplica a Scataglini pone en duda la interpretación hecha por la autora a su modelo, clarificando lo que supone la existencia de un enunciado de segundo orden, y como operan las consideraciones acerca de normas y disposiciones jurídicas dentro del razonamiento jurídico. Por último, respecto del comentario de Moreso, cuestiona la interpretación realizada respecto de los casos presentados y, con ello, aprovecha de contrastar lo trabajado por deductivistas de reglas y el modelo por él favorecido. Además, profundiza en el contraste acerca de aquello expresado por jueces y aquello que debe ser representado por un modelo, generando una reflexión acerca de qué hace plausible el trabajo de filósofos y otras personas que reflexionan sobre estos temas. Concluye que su modelo no es solo una alternativa mejor al del silogismo jurídico, sino que es uno que los deductivistas de reglas podrían aceptar. Como se puede sospechar, a partir de la discusión aquí introducida también se da cuenta de que queda bastante para seguir debatiendo y reflexionando, abriéndose la puerta a nuevas perspectivas sobre los diversos temas que rodean el debate.

## Bibliografía

- Alchourrón, C. y Bulygin, E. (1991). Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico, En *Análisis lógico y derecho* (pp. 303-328). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Atienza, M. (2005). *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. México: UNAM.
- Duarte d'Almeida, L. (2019). On the Legal Syllogism. En D. Plunkett, S. Shapiro y K. Toh (eds), *Dimensions of Normativity: New Essays on Metaethics and Jurisprudence* (pp. 335-364). Nueva York: Oxford University Press.
- Duarte d'Almeida, L. (2021). ¿Qué es aplicar derecho? *Discusiones*, 27(2).
- Moreso, J. J. (2009). *La constitución. Modelo para armar*. Madrid: Marcial Pons.

- Moreso, J. J. (2021). Aplicación del derecho y los casos *Noara y Jaffa Cakes*. *Discusiones*, 27(2).
- Narváez, M. (2015). Expresiones de normas. *Revus*, 25, 71-100.
- Rodríguez, J. L. (2021). *Teoría Analítica del Derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- Scataglini, M. G. (2021a). *Seguimiento de reglas: el “aguijón pragmático” en la teoría del derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- Scataglini, M. G. (2021b). Aquiles, la Tortuga y la aplicación de normas jurídicas como un ‘asunto particularista’ sin particularismo. *Discusiones*, 27(2).
- Zuleta, H. (2008). *Normas y justificación*, Madrid: Marcial Pons.



## ¿Qué es aplicar derecho?

*What Is It to Apply the Law?\**

Luís Duarte d'Almeida\*\*

Recepción: 08/03/2020

Evaluación: 14/04/2020

Aceptación final: 12/11/2020

**Resumen:** Este artículo ofrece una teoría de la aplicación del derecho, y un modelo de justificación de las decisiones judiciales que aplican derecho. Considera tres conjuntos de preguntas. Uno refiere al *objeto directo* de la aplicación del derecho: cuando un tribunal aplica el derecho, ¿qué es aquello que está aplicando exactamente? Un segundo conjunto de preguntas refiere al *objeto indirecto* de la aplicación del derecho: los tribunales no solo aplican derecho, sino que lo aplican *a* algo. ¿A qué, exactamente? ¿A casos? ¿A hechos? ¿A los “hechos del caso concreto” que tienen ante sí, como suele decirse? En tercer lugar, se trata de preguntas sobre el *contenido* de la aplicación del derecho. ¿Es “aplicación del derecho” el nombre de un tipo específico de acto? Si es así, ¿cuáles son sus rasgos distintivos? El artículo sostiene que hay en realidad dos tipos de aplicación del derecho: la aplicación inferencial y la aplicación pragmática del derecho. La primera

\* Traducción de Laura Bavestrello y Cristián González. Corregida por Sebastián Figueroa y revisada por el autor. La versión en inglés de este artículo ha sido publicada en *Law and Philosophy*, 40(4), 361-386, 2021.

\*\* Professor of Jurisprudence, Edinburgh School of Law, The University of Edinburgh, Reino Unido. Correo electrónico: luis.duarte.almeida@ed.ac.uk. Gracias a Antony Duff, Euan MacDonald, Gonçalo de Almeida Ribeiro, Hasan Dindjer, Lucas Miotto, Maggie O'Brien, Sebastián Figueroa, y a audiencias de Edimburgo, Florencia, Glasgow, Lisboa, Milán y Oxford, y a los revisores anónimos, por sus muy útiles comentarios sobre un borrador anterior. Comencé a pensar sobre el tema del presente trabajo cuando fui Fernand Braudel Research Fellow en el European University Institute de Florencia, en la primavera de 2017. Agradezco al EUI por haberme acogido y por las excelentes condiciones que disfruté durante mi estancia.

se analiza en la sección 2, la segunda en la sección 3, y la relación entre ambas en la sección 4. En la sección 5 se examina la noción de “caso” y en la sección 6 se retoman los tres conjuntos de preguntas pertinentes.

**Palabras clave:** aplicación del derecho, aplicabilidad, justificación de decisiones judiciales, aplicación inferencial del derecho, aplicación pragmática del derecho, casos.

**Abstract:** This paper offers a jurisprudential account of law-application, and a model of the justification of law-applying judicial decisions. It considers three sets of questions. One concerns the *direct object* of law-application: when a court applies the law, what exactly is it applying? A second set of questions regards law-application's *indirect object*: courts do not just apply the law; they apply it *to* something. To what, exactly? To cases? To facts? To the “facts of the particular case” before them, as the common phrase goes? Third, questions about the *content* of law-application. Is “applying the law” the name of a specific type of act? If so, what are its distinctive features? There are actually—this paper argues—two kinds of law-application: inferential law-application and pragmatic law-application, as the paper calls them. The former is analysed in Section 2, the latter in Section 3, and the relation between them in Section 4. Section 5 looks into the notion of a “case”, and Section 6 returns to the three relevant sets of questions.

**Keywords:** law-application, applicability, justification of judicial decisions, pragmatic law-application, inferential law-application, cases.

## 1. Introducción

Que los tribunales aplican derecho es un lugar común. Decir lo que eso implica, sin embargo, no es fácil. Mi objetivo en este artículo es explicar la noción; aclarar qué es aplicar derecho.

Se presentan en simultáneo tres conjuntos de preguntas. Uno se refiere a lo que llamaré el *objeto directo* de la aplicación del derecho. Cuando un tribunal aplica el derecho, ¿qué es exactamente lo que aplica? No es una pregunta capciosa. Se dice que los tribunales “aplican” todo tipo de cosas:

estatutos, reglas, principios, doctrinas, opiniones de otros tribunales, y más. ¿Es “el derecho” el nombre de otro elemento en esta lista? Eso suena erróneo. ¿O es mediante la aplicación de alguno o cualquiera de esos elementos que los tribunales aplican el derecho? Y si es así, ¿podemos dar un criterio para determinar lo que contiene la lista?

Un segundo grupo de interrogantes se refiere al *objeto indirecto* de la aplicación del derecho. Los tribunales no solo aplican derecho, sino que lo aplican a algo. ¿A qué, exactamente? ¿A casos? ¿A hechos? ¿A los “hechos del caso particular” que tienen ante sí, como suele decirse? También decimos que un tribunal aplica el derecho *en* un determinado caso, y *al decidir* un determinado caso. ¿Es todo esto lo mismo? ¿Y qué es precisamente aplicar derecho a un caso? En efecto, ¿qué es un “caso”?

En tercer lugar, preguntas sobre el *contenido* de la aplicación del derecho. ¿Es “aplicar el derecho” el nombre de un tipo específico de acto? Si es así, ¿cuáles son sus características distintivas? Si no es así, ¿qué es entonces? También hay cosas que se dice que los tribunales hacen —decisiones que se dice que emiten— *al aplicar* el derecho. ¿Son estos también actos de aplicación del derecho?

No hay un orden obvio para abordar estas cuestiones. Cualquier intento de tratar las preguntas en uno de los conjuntos se beneficiaría de haber abordado primero las de los otros. Aun así, necesitamos una estrategia, y la mía será dejar la primera serie de preguntas para el final. No discutiré explícitamente el objeto directo de la aplicación del derecho sino hasta el final del artículo; y hasta entonces, por conveniencia, me centraré en la aplicación de disposiciones legislativas y otras disposiciones jurídicas escritas, casos indiscutibles de aplicación del derecho.

No puedo, sin embargo, comenzar simplemente por cualquiera de los otros dos grupos de preguntas. Ello se debe a que hay —o así quiero sugerir— dos tipos de aplicación del derecho, cada uno dando lugar a sus propias cuestiones de contenido y objeto indirecto. Así que debo empezar por explicar cuáles son los dos tipos. Los llamo *aplicación inferencial del derecho* y *aplicación pragmática del derecho*. Analizo la primera en la sección 2, la segunda en la sección 3, y la relación entre ambas en la sección 4. En la sección 5 examino la noción de “caso”; y vuelvo, en la sección 6, a nuestros tres conjuntos iniciales de preguntas.

## 2. Aplicación inferencial del derecho

### 2.1. Un ejemplo para la discusión

Consideremos este extracto de la opinión de Lord Denning en *The Hollandia* [1982] Q.B. 872 (en 884A-B):

El artículo III, párrafo 8 [de las Reglas de La Haya-Visby para el transporte marítimo internacional de mercancías, un convenio internacional al que una ley del Reino Unido en 1971 ha dado “fuerza de ley”] . . . es de primera importancia en el presente caso. Dice: “Toda cláusula . . . que atenúe esa responsabilidad [es decir, la del porteador por pérdida o daño de la mercancía] de forma distinta a la prevista en estas reglas, será nula y sin efecto.”

Ahora, aplíquese ese artículo III, párrafo 8 a la cláusula 2 de este conocimiento de embarque [emitido por los demandados]. En la medida en que la cláusula 2 limita la responsabilidad del porteador a D.fl. 1.250, es claramente nula y sin efecto: porque atenúa la responsabilidad del porteador a mucho menos que su responsabilidad en virtud del apartado (a) del párrafo 5 del artículo IV de las Reglas de La Haya-Visby, que asciende a 11.490,96 libras esterlinas.

(...)

Mi conclusión es que, en los procedimientos ante los tribunales del Reino Unido, la cláusula 2 de este conocimiento de embarque es nula y sin efecto.

Es indiscutible, creo, que Denning aplicó el artículo III, párrafo 8 de las Reglas de La Haya-Visby a la cláusula 2 del conocimiento de embarque que tenía ante sí. Lo diríamos incluso si Denning no hubiera utilizado explícitamente ese lenguaje. Así que tomaré esto como ejemplo para la discusión. Nos da una clara ilustración de un sentido en el que hablamos y pensamos sobre la aplicación del derecho.

¿Qué implica entonces?

## 2.2. Un acto mental

Una cosa que *no* implica es la presentación de un argumento de ningún tipo. Denning, por supuesto, ofrece en aquel pasaje un argumento para una determinada conclusión. Su conclusión es que la cláusula 2 del conocimiento de embarque es nula y sin efecto. Pero este argumento no forma parte de su aplicación del artículo III, párrafo 8 de las Reglas a esa cláusula.

La aplicación de esa disposición por parte de Denning es un acto puramente mental. Es el acto de *razonar* hacia aquella conclusión —que la cláusula es nula y sin efecto— sobre la base de algún vínculo que él considera que existe entre la disposición y la cláusula en cuestión. Esto no significa que la creencia de Denning sobre esa conclusión deba ser el producto de una reflexión sobre la disposición pertinente. Podría haberse formado justificadamente tal creencia por motivos ajenos al artículo III, párrafo 8 de las Reglas de La Haya-Visby. Pero sí significa que Denning debe haber creído que la disposición y la cláusula estaban relacionadas de tal manera que su conclusión no podía ser falsa.

Así que cuando Denning llega a dar públicamente, por escrito, un argumento para su conclusión —cuando pasa a justificar esa conclusión a sus lectores—, ya ha aplicado la disposición. Aquello que escribe documenta su línea de razonamiento. Es evidencia, para nosotros, de cómo pensó. Pero aún habría aplicado el artículo III a la cláusula pertinente (tanto si hubiéramos podido saberlo como si no) si no hubiera presentado ningún argumento, o si se hubiera negado a hacerlo, por la razón que fuese.

Aplicar una disposición a un determinado objeto *x* —en el sentido en que diríamos de Denning que aplicó el artículo III a la cláusula del conocimiento de embarque— es algo que podemos hacer simplemente pensando. Es razonar hacia una determinada conclusión sobre *x*.

## 2.3. Aplicación y aplicabilidad

Si la aplicación de esa disposición supuso, para Denning, razonar hacia la conclusión de que la cláusula era nula y sin efecto, entonces, acabo de afirmar, debe haber considerado que estos dos elementos —disposición y

cláusula— están vinculados de cierta manera. ¿De qué manera? ¿Qué papel juega en ese el razonamiento la disposición que se está aplicando?

La respuesta es, creo, que aplicar una disposición  $p$  a un determinado objeto  $x$  es razonar hacia una conclusión específica  $c$  acerca de  $x$  sobre la base de que (a)  $p$  se aplica a  $x$ , y (b) si  $p$  se aplica a  $x$ , entonces  $c$  es verdadera como cuestión de derecho. Denning no utiliza explícitamente el lenguaje de la aplicabilidad, pero no habría sido sorprendente que lo hiciera. Su conclusión debe haberse basado en que el párrafo 8 del artículo III *se aplica* a la cláusula que tenía ante sí.

¿Es lícito que yo explique lo que es que una persona *aplique* una disposición  $p$  a un determinado objeto  $x$  diciendo que esa persona debe considerar que  *$p$  se aplica a  $x$* ? No hay circularidad. No es lo mismo *aplicar una disposición a  $x$*  y que una *disposición se aplique a  $x$* . Decir que Denning aplicó el párrafo 8 del artículo III a la cláusula es decir algo sobre lo que Denning ha hecho. Decir que el párrafo 8 del artículo III se aplica a aquella cláusula es decir algo sobre cómo se relaciona la disposición con la cláusula: es decir que la disposición es (o era) *aplicable* a ella. Pero necesitamos, por supuesto, ser más claros sobre esta noción.

Mi posición es la siguiente. En primer lugar, decir que una disposición  $p$  se aplica a un objeto  $x$  es decir que hay una consecuencia jurídica específica (o consecuencias jurídicas específicas) que la existencia misma de  $p$  tiene para  $x$  como cuestión de derecho. Es, por lo tanto, decir que hay una afirmación específica sobre  $x$  que es verdadera como cuestión de derecho, y que no podría, dada  $p$ , ser falsa.

Pero uno puede saber que una disposición  $p$  se aplica a un objeto  $x$  y no saber exactamente cuál es la consecuencia que tiene  $p$  para  $x$  como cuestión de derecho. Es decir, uno puede saber que existe *alguna* afirmación sobre  $x$  que, dada  $p$ , debe ser verdadera como cuestión de derecho y, sin embargo, no saber exactamente cuál es esa afirmación. Y lo inverso también es posible. Uno puede saber que, si  $p$  es aplicable a  $x$ , entonces una afirmación  $c$  sobre  $x$  es verdadera; pero no saber si  $p$  se aplica a  $c$ .

Aplicar  $p$  a  $x$  es resolver estas dos cuestiones. Es formarse una opinión razonada sobre la consecuencia (o consecuencias) que  $p$  tiene para  $x$  como cuestión de derecho.

La aplicación de Denning del párrafo 8 del artículo III de las normas de La Haya-Visby a la cláusula que tiene ante sí se traduce en el proceso de formarse su creencia de que dicha disposición tiene como consecuencia la nulidad de la cláusula.

## 2.4. Enunciados de aplicabilidad

He dicho que aplicar una disposición a un determinado objeto  $x$  y llegar así a una determinada conclusión sobre  $x$  no tiene por qué ser acompañado de un argumento para dicha conclusión. Pero podemos aprender algo sobre la aplicación del derecho si consideramos cómo reconstruir tal argumento cuando de hecho sea dado.

¿Cómo deberíamos pensar sobre la estructura del argumento de Denning, el argumento que da en el pasaje arriba citado? Podría ser tentador reconstruirlo de la siguiente manera:

- (1) Para todo  $x$ , si  $x$  es una cláusula de un contrato de transporte que atenúa la responsabilidad del porteador por los daños a las mercancías de forma distinta a la prevista en las Reglas de La Haya-Visby, entonces  $x$  es nula y sin efecto.
  - (2) La cláusula 2 del conocimiento de embarque expedido por los demandados es una cláusula de un contrato de transporte que atenúa la responsabilidad del porteador por los daños a las mercancías de forma distinta a la prevista en las Reglas de La Haya-Visby.
- Por lo tanto (de (1) y (2)),
- (3) La cláusula 2 del conocimiento de embarque emitido por los acusados es nula y sin efecto.

Se trata de un ejemplo de lo que comúnmente se denomina un “silogismo jurídico” (o “silogismo judicial”): un argumento deductivamente válido que combina, como premisas, (a) una proposición jurídica general de primer orden (la “premisa mayor”, como se la denomina normalmente —si bien de manera inexacta—) y (b) una proposición de hecho sobre algún aspecto del caso en cuestión que instancia el antecedente de aquel

enunciado jurídico general (la “premisa menor”); y cuya conclusión es una proposición jurídica acerca de ese mismo aspecto del caso particular.

El modelo de silogismo jurídico —ampliamente adoptado por los teóricos del derecho— pretende captar la estructura de la justificación de las decisiones judiciales que, como la de Denning, aplican derecho. Este modelo va de la mano con la idea de que aplicar derecho es (para citar una formulación reciente) “resolver una disputa jurídica por medio de subsumir un caso individual bajo una premisa normativa general (una regla jurídica, una estándar normativo, un principio jurídico, un precedente, etc.)” (Moreso y Chilovi, 2018, p. 495). Sin embargo, como he argumentado en otro trabajo, el modelo del silogismo jurídico es incapaz de alcanzar sus propias metas y debe ser rechazado.<sup>1</sup> Según la teoría que subyace al modelo del silogismo jurídico, una premisa como (1) presenta una enunciación de la “regla” expresada por la disposición que Denning estaba aplicando. Pero no hay razón para atribuir a Denning un compromiso con la verdad de algo parecido a lo que se dice en esa premisa. Denning no dice, ni tiene necesidad de decir, y con toda probabilidad no querría decir, que *todas* las cláusulas que atenúan responsabilidad en contratos de transporte son nulas y sin efecto: todas ellas, independientemente del contexto o de las circunstancias, sin lugar a posibles calificaciones o cláusulas adicionales de ningún tipo. Tampoco dice que la consecuencia de aplicar dicha disposición deba ser siempre, o solo, la nulidad de alguna cláusula de restricción de responsabilidad en un contrato de transporte.

La cuestión, nótese, *no* es que el lenguaje de (1) se apega demasiado al lenguaje de la disposición misma, mientras que un universal adecuadamente calificado tendría, muy probablemente, que alejarse de dicho texto. (Un “universal adecuadamente calificado” es uno que —si es que se puede dar, lo que en sí mismo es poco probable— podría plausiblemente verse como un enunciado jurídico verdadero). La cuestión, más bien, es que Denning simplemente no se compromete con *ningún* enunciado universal de ese tipo, por muy cualificado que sea.

Y lo mismo ocurre con cualquier juez. Cuando abordan la cuestión de si una disposición se aplica al caso que se tiene enfrente, los tribunales no

---

<sup>1</sup> Para un análisis detallado y más referencias, véase Duarte d'Almeida, 2019.



formulan —y probablemente ni siquiera serían capaces de hacerlo— descripciones rigurosas de las propiedades que tendría que satisfacer cualquier caso al cual sea aplicable la disposición. Ni siquiera es razonable esperar que los tribunales formulen descripciones rigurosas de las propiedades relevantes del caso particular que estén tratando. No articulan ni se comprometen, como tampoco lo hace Denning, con enunciados de primer orden de las “reglas” que entienden que la disposición relevante expresa, y bajo la cual simplemente subsumirían el caso que están tratando.

Sin embargo, es *esa* disposición la que Denning está aplicando. Es por referencia a ella que sostiene la conclusión de que la cláusula del conocimiento de embarque es nula y sin efecto; *que la disposición se aplique a la cláusula* es lo que apoya su conclusión. ¿Cómo deberíamos entonces reconstruir argumentos como estos —como el de Denning—?

Se podría pensar en diferentes alternativas.<sup>2</sup> Esto es lo que sugiero:

(1\*) Si el párrafo 8 del artículo III de las Reglas de La Haya-Visby se aplica a la cláusula 2 del conocimiento de embarque expedido por los demandados, entonces la cláusula 2 del conocimiento de embarque expedido por los demandados es nula y sin efecto.

(2\*) El párrafo 8 del artículo III de las Reglas de La Haya-Visby se aplica a la cláusula 2 del conocimiento de embarque expedido por los demandados.

Por lo tanto (de (1\*) y (2\*)),

(3\*) La cláusula 2 del conocimiento de embarque emitido por los acusados es nula y sin efecto.

Hay dos puntos a destacar aquí. El primero es que la premisa (2\*) es —como también lo es, por lo tanto, el antecedente del condicional en (1\*)— una afirmación de segundo orden acerca de la aplicabilidad de una determi-

<sup>2</sup> Incluyendo la posibilidad de caracterizar dichos argumentos como no deductivos. Aquí, sin embargo, asumo que la justificación de las decisiones que aplican derecho puede entenderse como una inferencia deductiva: esa es también la opinión dominante; pero en este punto creo que la visión dominante está fundamentada. (Esto no quiere decir que *todos* los argumentos jurídicos se caractericen mejor como deductivos). Para referencias, véase de nuevo Duarte d’Almeida, 2019.

nada disposición a un determinado objeto  $x$ . Es lo que propongo llamar un *enunciado de aplicabilidad*. Digo que es una afirmación de segundo orden porque —a diferencia de la “premisa mayor” del silogismo jurídico, que pretende ser un enunciado *de* una “regla” supuestamente expresada por la disposición que se está aplicando— la premisa (2\*) es un enunciado *acerca de* la disposición misma y de cómo se relaciona con un determinado objeto.

En segundo lugar, el argumento en la reconstrucción que propongo es enteramente sobre la relación entre la disposición y un objeto *particular*. No es un argumento sobre las cláusulas (en plural) de conocimientos de embarque (en general); ni sobre la gama de efectos que el párrafo 8 del artículo III de las Reglas podría tener sobre cualquier cláusula de ese tipo. Se trata de un argumento sobre una cláusula determinada —la cláusula 2 del conocimiento de embarque que Denning tenía ante sí— y sobre el efecto de la disposición sobre *ella*. El hecho de que el párrafo 8 del artículo III de las Reglas tenga o no el mismo efecto, o un efecto diferente, o ningún efecto, sobre otras cláusulas de derecho extranjero en otros conocimientos de embarque, en circunstancias diferentes, no viene al caso, y no forma parte ni del argumento de Denning, ni de su razonamiento hacia la conclusión relevante.

Tampoco debe entenderse que la justificación del propio enunciado de aplicabilidad —la justificación de la premisa (2\*)— implique algo análogo al silogismo jurídico; es decir, que implique la articulación de una regla general sobre la propia aplicabilidad de la disposición y cuyo antecedente esté instanciado por la cláusula del conocimiento de embarque. En otras palabras, no deberíamos tratar de reconstruir el argumento de Denning *en favor* de su enunciado de aplicabilidad de la siguiente manera:

- (i) Para todo  $x$ , si  $x$  es una cláusula de un contrato de transporte y  $x$  restringe la responsabilidad del porteador por el daño a las mercancías de manera distinta a la prevista en las Reglas de La Haya-Visby, entonces el párrafo 8 del artículo III de las Reglas de La Haya-Visby se aplica a  $x$ .
- (ii) La cláusula 2 del conocimiento de embarque emitido por los demandados es una cláusula de un contrato de transporte y restringe la responsabilidad del porteador por el daño a las mercancías de manera distinta a la prevista en las Reglas de La Haya-Visby.

Por lo tanto (de (i) y (ii)),

(2\*) El párrafo 8 del artículo III de las Reglas de La Haya-Visby se aplica a la cláusula 2 del conocimiento de embarque emitido por los demandados.

¿Cómo se justifican, entonces, en el contexto de argumentos como el de Denning, tanto los enunciados de aplicabilidad, como la premisa (1\*), que especifican la consecuencia que se asume que la disposición tiene para un determinado objeto si es que se aplica a él? Sobre la base de razones de diversa índole, y de cómo esas razones se relacionan con el objeto particular sobre el que se está discutiendo la aplicabilidad de la disposición. El hecho de que el texto del párrafo 8 del artículo III de las Reglas de La Haya-Visby pueda utilizarse directamente para describir la cláusula del conocimiento de embarque —para decir que esa cláusula “atenúa” la “responsabilidad del porteador” por la pérdida o el daño “de forma distinta a la prevista” en las Reglas— es, por supuesto, una de esas razones; y una razón de peso. Pero la adecuación, por muy clara que sea, al lenguaje autoritativo de una disposición, no es condición necesaria ni suficiente para justificar la afirmación de que la disposición se aplica a un determinado objeto —como demuestra, sin lugar a dudas, la práctica judicial—. Lo mismo cabe decir respecto de la premisa (1\*). Aquí también es posible describir la consecuencia que Denning atribuye a la disposición —que la cláusula 2 es nula y sin efecto— utilizando el lenguaje que se encuentra en la disposición misma. Pero las disposiciones jurídicas pueden tener consecuencias que sus textos no mencionan e incluso pueden contradecir. Todo depende de las demás razones que sean relevantes para la cuestión, y la correspondencia con el texto de la disposición es solamente una de ellas. Basta pensar en la diversa gama de consideraciones que normalmente se denominan “cánones” de la interpretación jurídica. Estos son nada más y nada menos que tipos de razones que pueden influir en la justificación de los enunciados de aplicabilidad en argumentos como el de Denning.

La aplicación del derecho es, en cierto sentido, un asunto particularista. Lo que quiero decir no es que, para cualquier conclusión correctamente alcanzada sobre la base de que una determinada disposición *p* se aplica a un determinado objeto *x*, no exista un principio universal verdadero que capte todos y solo aquellos aspectos de *x* que son relevantes para esa

conclusión —un principio que *podría* utilizarse para construir una inferencia que se ajustara a un esquema idéntico al del silogismo jurídico. Lo que quiero decir es que nosotros— y los tribunales en particular— no nos comprometemos (de hecho, ni siquiera podría esperarse que lo hiciéramos) con formulaciones de principios de ese tipo como un paso necesario, típico o incluso mínimamente frecuente en nuestro razonamiento o en nuestros argumentos hacia tales conclusiones.

## 2.5. ¿Cualquier objeto? ¿Cualquier conclusión?

He estado hablando de la aplicación de las disposiciones a un “determinado objeto *x*”, y de la aplicación del derecho —en el sentido discutido hasta ahora— como razonamiento hacia una conclusión “sobre *x*” que se considera verdadera como cuestión de derecho. Pero, ¿no hay restricciones en la gama de objetos a los que se puede aplicar una disposición? ¿Y no deberíamos decir en cambio, tal vez, que la aplicación del derecho debe ser un razonamiento hacia una proposición jurídica, o en todo caso hacia una proposición acerca del derecho “tal como aplicado” a algo?

No lo creo. “Proposición jurídica” es una frase equívoca. A veces se utiliza para referirse a las llamadas proposiciones “normativas” o “deónticas”: proposiciones sobre las posiciones normativas (deberes, libertades, poderes, etc.) que tenemos en virtud del derecho vigente. Los tribunales a menudo razonan hacia proposiciones de ese tipo —“el demandado tenía el deber de prestar servicios al demandante”, por ejemplo— aplicando el derecho vigente. Pero la gama de conclusiones que pueden justificarse de aquella manera no se limita a proposiciones sobre posiciones normativas. La conclusión de Denning en *The Hollandia*, de que la cláusula 2 de aquel conocimiento de embarque era “nula y sin efecto”, no es en sí misma —al menos no obviamente— un enunciado deóntico. No hay, por lo tanto, ninguna restricción de principio sobre la gama de objetos a los que se puede (conceptualmente) aplicar el derecho existente.

Lo que sí tiene que ser el caso es que la conclusión, sea cual sea, se tome como *jurídicamente* verdadera, como verdadera en cuanto cuestión de derecho. Esta es una noción que no puedo analizar completamente en el presente

trabajo. Pero un simple ejemplo sacará a relucir un punto relevante: que un enunciado puede ser presentado sea como jurídicamente verdadero, sea como verdadero *tout court*. Consideremos el siguiente par de disposiciones, los párrafos 1 y 2 del artículo 54 del *Race Relations Act* de 1976:

54. —(1) Una denuncia presentada por alguien (“el denunciante”) de que otra persona (“el demandado”)—
- (a) ha cometido contra el denunciante un acto de discriminación que es ilegal en virtud de la Parte II; o
  - (b) se considera, en virtud de los artículos 32 o 33, que ha cometido tal acto de discriminación contra el denunciante,
- puede ser presentada a un tribunal laboral.
- (2) La sub-sección (1) no se aplica a las denuncias, presentadas bajo la sección 12(1), de un acto respecto del cual se pueda interponer una apelación, o un procedimiento en calidad de apelación, en virtud de cualquier ley, ni a las denuncias previstas en la sección 75(8).

En *Khan v. General Medical Council* (17 BLMR 1-10 [1993]), un médico de origen asiático apelaba contra una decisión de un tribunal. El Consejo Médico General le había denegado la inscripción como médico; y él, tras apelar sin éxito ante una Junta de Revisión, se quejó de discriminación racial indirecta ante el tribunal, con base en el artículo 54(1) del *Race Relations Act* de 1976. El tribunal, aplicando el artículo 54(2), desestimó la solicitud; y el Tribunal Laboral de Apelación sostuvo en *Khan* que aquella había sido la decisión correcta.

La conclusión justificada por la aplicación, por parte del tribunal, del artículo 54(2) a la denuncia del demandante fue que el artículo 54(1) no es aplicable a aquella denuncia. El argumento del tribunal laboral para aquella conclusión puede reconstruirse así:

- (1) Si la sección 54(2) del *Race Relations Act* de 1976 se aplica a la denuncia del solicitante, entonces la sección 54(1) del *Race Relations Act* de 1976 no se aplica a la denuncia del solicitante.
- (2) La sección 54(2) del *Race Relations Act* de 1976 se aplica a la denuncia del solicitante.

Por lo tanto (de (1) y (2)),

(3) El artículo 54(1) del *Race Relations Act* de 1976 no se aplica a la denuncia del solicitante.

Aquí, tanto la premisa (2) como la conclusión son enunciados del mismo tipo. Ambos son enunciados de aplicabilidad: uno positivo, el otro negativo. Pero en el contexto de este argumento hay una diferencia crucial entre los dos. La conclusión se presenta como una afirmación que se considera *jurídicamente* verdadera: verdadera *en virtud* del derecho vigente. Se justifica, tal como la conclusión del argumento de Denning, sobre la base de que hay una determinada disposición que forma parte del derecho vigente —la sección 54(2)— que se aplica a, y tiene una determinada consecuencia para, la denuncia del demandado.

La premisa (2) también se presenta como verdadera, por supuesto; es parte del mismo argumento. Pero no es (o, en todo caso, no necesariamente) presentada como verdadera *en virtud* del derecho vigente. Tal vez se está presentando —como la premisa similar en el argumento de Denning— sobre la base de las razones sustantivas relevantes para la aplicabilidad de la sección 54(2) a la denuncia del demandante.

Una afirmación sobre un determinado objeto  $x$  se presenta como jurídicamente verdadera si se presenta sobre la base de que hay alguna parte del derecho vigente que se aplica a  $x$ , y cuya aplicabilidad a  $x$  se considera suficiente para que aquella afirmación sea verdadera. Pero toda afirmación de aquel tipo sobre un determinado objeto  $x$  se basará en última instancia en un enunciado de aplicabilidad que se presenta como verdadero, pero no verdadero como cuestión de derecho: un enunciado de aplicabilidad tal que no hay ninguna parte del derecho vigente que sea suficiente para hacerlo verdadera.

## 2.6. Definición

Nuestra discusión ha puesto de manifiesto cuatro aspectos principales de la aplicación del derecho en el sentido que hemos estado discutiendo —un sentido que propongo llamar *aplicación inferencial del derecho*—. Primero,

aplicar inferencialmente el derecho es razonar de cierta manera. Segundo, es razonar hacia una conclusión sobre un determinado objeto  $x$  —cualquier objeto—. Tercero, es razonar hacia aquella conclusión sobre la base de que una cierta disposición  $p$  se aplica, con una determinada consecuencia, a  $x$ . Y cuarto, se considera que la conclusión es jurídicamente verdadera, verdadera como cuestión de derecho.

He aquí, pues, una definición:

*Aplicación inferencial del derecho* (para disposiciones escritas): aplicar inferencialmente una disposición  $p$  (por sí sola) a un determinado objeto  $x$  es razonar hacia una conclusión  $c$  respecto de  $x$  sobre la base de que (a)  $p$  se aplica a  $x$ , y (b) si  $p$  se aplica a  $x$ , entonces  $c$  es jurídicamente verdadera.<sup>3</sup>

Esta definición pretende captar *un* sentido en el que nosotros —juristas y jueces, pero también ciudadanas y ciudadanos— pensamos y hablamos comúnmente de aplicación del derecho. Pero, como mencioné, la aplicación inferencial del derecho es solo uno de dos tipos de aplicación del derecho. Consideremos ahora el otro.

### 3. Aplicación pragmática del derecho

#### 3.1. Definición

Como se puede imaginar, aplicar inferencialmente el derecho no fue todo lo que Denning hizo en *The Hollandia*. De hecho, si Denning se hubiese limitado a razonar y argumentar hacia la conclusión de que la cláusula

<sup>3</sup> Tanto esta definición como la de *aplicación pragmática del derecho* (que será ofrecida en la sección 3.1) se plantean como análisis de las respectivas nociones. La discusión hasta ahora ha buscado identificar características que nosotros, en cuanto usuarios competentes de esos dos conceptos (aunque no, claro está, bajo los nombres aquí acuñados para ellos), entendemos —y podemos, habiendo reflexionado, reconocer— que esta forma de aplicación del derecho tiene. En la siguiente sección se hará lo mismo respecto de la aplicación pragmática del derecho. Las definiciones propuestas buscan cristalizar dichas características en una formulación perspicua.

del conocimiento de embarque era nula y sin efecto —si eso hubiese sido *todo* lo que hizo— habría sido acusado, con razón, de *no haber* aplicado el derecho al caso que tenía ante sí.

¿Qué más tenía que hacer? Tenía que admitir —y así lo hizo— la apelación:

Mi conclusión es que, en los procedimientos ante los tribunales del Reino Unido, la cláusula 2 de este conocimiento de embarque es nula y sin efecto. Esta acción judicial no debe suspenderse. Debe proceder, con el límite de responsabilidad que prescriben las Reglas de La Haya-Visby.

(...)

Admito la apelación, elimino la suspensión impuesta por el juez y permito que la acción proceda en Inglaterra (*The Hollandia* [1982] Q.B. 872 en 884G-885A).

Hay, por lo tanto, un sentido de “aplicación del derecho” que se refiere, no a un acto mental de razonamiento hacia a una conclusión, sino a la efectiva realización de una determinada acción externa, no mental, con ciertas características específicas. A esto llamaré *aplicación pragmática del derecho*, y propongo definir esta noción del siguiente modo:

Aplicación pragmática del derecho (para disposiciones escritas): aplicar pragmáticamente una disposición  $p$  es realizar una acción  $\varphi$  tal que:

- (a) el agente considera que  $\varphi$  es una acción que o bien (a1) debe (todo considerado) jurídicamente realizar, o bien al menos (a2) le está jurídicamente permitido realizar (en el sentido de que no es el caso de que, todo considerado, no deba jurídicamente realizar);
- (b) el agente considera que el juicio de deber relevante —es decir, (a1) o (a2)— se apoya en la conclusión de la aplicación inferencial de  $p$  a un determinado objeto  $x$ ;  $y$
- (c) realizando  $\varphi$ , el agente pretende estar resolviendo autoritativamente una determinada cuestión o controversia.



Como la definición deja en claro, la aplicación pragmática e inferencial del derecho están estrechamente relacionadas. Diré más sobre esta relación en la sección 4. Pero primero hay algunos aspectos de la definición que quiero discutir.

### 3.2. Acción judicial y decisión judicial

La definición menciona la realización de una determinada acción por parte de un agente. Esto podría entenderse en un sentido amplio, para incluir omisiones. Pero en el caso de los tribunales lo que está invariablemente en juego es la realización de acciones en sentido estricto, no de omisiones. Esto es porque *no hacer nada* es rara vez, si es que alguna vez, una verdadera opción para un juez. La opción de Denning no era admitir la apelación o simplemente no hacer nada. Era admitir o *negarse* a admitirla —emitiendo una decisión a tal efecto—.

“Decisión” es, en efecto, como en el discurso jurídico se suele referir a la acción pertinente. El tribunal en *The Hollandia*, diríamos, *decidió admitir* la apelación. Esto no significa normalmente mucho más que “el tribunal admitió la apelación”. Pero transmite la idea de que el tribunal estaba ocupado principalmente, como suelen estarlo los tribunales, por una pregunta normativa: ¿debería admitir la apelación? Lo que está en juego en la aplicación pragmática del derecho es la justificación jurídica de tales decisiones. Una decisión judicial *d* está jurídicamente justificada en uno de dos escenarios: (a) Si *d* es la decisión que el tribunal debe (todo considerado) jurídicamente emitir en el contexto decisorio relevante; o, en caso de que no haya solamente una decisión que el tribunal deba (todo considerado) jurídicamente emitir en ese contexto, (b) si *d* no es una decisión que, todo considerado, el tribunal jurídicamente *no* deba emitir —es decir, si el tribunal tiene jurídicamente permitido (en un sentido de la palabra) emitirla—.

No todas las decisiones judiciales jurídicamente justificadas son decisiones que aplican derecho. Pero aquello que los tribunales deben (todo considerado) jurídicamente hacer depende en parte —en gran parte— del derecho existente. Si un tribunal, al decidir de cierta manera, aplica correc-

tamente el derecho, eso es suficiente para que su decisión esté jurídicamente justificada.

Esto es lo que vemos en *The Hollandia*. Denning manifiestamente consideró que admitir la apelación era la acción que el tribunal debía (todo considerado) jurídicamente realizar; y formó esta opinión sobre la base de que había una disposición específica —el párrafo 8 del artículo III de las Reglas de La Haya-Visby— que se aplicaba a la cláusula del conocimiento de embarque. Por lo tanto, consideró que aquella decisión estaba jurídicamente justificada por referencia a aquella disposición; consideró que la disposición apoyaba normativamente —que, por así decirlo, garantizaba normativamente— la acción del tribunal de admitir la apelación.

Podemos decir, pues, que aplicar pragmáticamente una disposición es realizar una acción —emitir una decisión— que se considera jurídicamente justificada por referencia a la disposición. Pero “por referencia a la disposición” sigue siendo una descripción opaca: ese vínculo justificativo, entre disposición y acción, es lo que ahora es necesario aclarar.

### 3.3. La justificación de las decisiones de aplicación de derecho

Una forma de pensar en esta cuestión es considerar de nuevo la estructura del argumento que un juez como Denning daría para *justificar* su decisión: es decir, para demostrar argumentativamente que su decisión se encuentra jurídicamente justificada en cuanto decisión de aplicación del derecho. No forma parte de la definición que propuse que quien aplica pragmáticamente una disposición debe también dar un argumento que demuestre que la acción correspondiente está jurídicamente justificada. Un tribunal podría simplemente *actuar* de la manera descrita en la definición, y estaría aplicando derecho —incluso si fuera imposible decir, externamente, que la acción se hubiera realizado como acción de aplicación de derecho—. Pero, de nuevo, los tribunales suelen dar argumentos en ese sentido, y podemos aprender algo sobre la aplicación pragmática del derecho si reflexionamos

sobre la estructura de esos argumentos; el vínculo justificativo entre la disposición que se aplica y la acción que se realiza se pone de manifiesto en la inferencia completamente reconstruida.

¿Cómo deberíamos entonces reconstruir el argumento de Denning?  
Mi sugerencia:

- (1) Si el párrafo 8 del artículo III de las Reglas de La Haya-Visby se aplica a la cláusula 2 del conocimiento de embarque expedido por los demandados, entonces la cláusula 2 del conocimiento de embarque expedido por los demandados es nula y sin efecto.
  - (2) El párrafo 8 del artículo III de las Reglas de La Haya-Visby se aplica a la cláusula 2 del conocimiento de embarque expedido por los demandados.
- Por lo tanto (de (1) y (2)),
- (3) La cláusula 2 del conocimiento de embarque expedido por los denunciados es nula y sin efecto.
  - (4) Si la cláusula 2 del conocimiento de embarque expedido por los demandados es nula y sin efecto, y no hay consideraciones compensatorias [*i. e.*, consideraciones de igual o mayor fuerza en sentido contrario], entonces, todo considerado, debemos [es decir, el tribunal debe] jurídicamente admitir la apelación y retirar la suspensión de la acción del demandante.
  - (5) No hay consideraciones compensatorias.

Por lo tanto (de (3)-(5)),

- (6) Todo considerado, debemos jurídicamente admitir la apelación y eliminar la suspensión de la acción del demandante.

Se trata de un argumento deductivo complejo, en dos pasos. El primer paso —de (1) y (2) a (3)— es el argumento que corresponde, como vimos en la sección 2, a la aplicación inferencial de la disposición a la cláusula del conocimiento de embarque. La premisa (2) es el enunciado de aplicabilidad relevante; la conclusión, un enunciado sobre el efecto que se considera que la disposición tiene sobre la cláusula. Pero es el segundo paso —de (3), (4) y (5) a (6)— el que nos concierne en este momento.

La premisa (4) es la crucial. Lo que pretende captar es que lo que se afirma en (3) —que describe el resultado de la aplicación inferencial de la disposición a la cláusula— es tomado por el tribunal como una razón para practicar una determinada acción. La premisa (4) identifica la acción —admitir la apelación y eliminar la suspensión de la acción del demandante— que cuenta, en este contexto decisorio particular, como la acción de aplicar la disposición; y señala, con la cláusula “no hay consideraciones compensatorias”, que el hecho de que la cláusula en el conocimiento de embarque sea nula y sin efecto apoya normativamente —aunque no establezca de manera concluyente— la conclusión de que el tribunal debe jurídicamente admitir la apelación.

Lógicamente hablando, por supuesto, la inferencia podría comprimirse. Si un tribunal está dispuesto a adoptar las premisas (1) y (4), entonces podría afirmar directamente el siguiente condicional, que se sigue lógicamente (por silogismo hipotético) de aquellas dos afirmaciones:

- (1\*) Si el párrafo 8 del artículo III de las Reglas de La Haya-Visby se aplica a la cláusula 2 del conocimiento de embarque expedido por los demandados, y no hay consideraciones compensatorias, entonces, todo considerado, debemos jurídicamente admitir la apelación y retirar la suspensión de la acción del demandante.

Junto con (2) y (5), esta afirmación implica la conclusión final. El tribunal, por lo tanto, podría haber ofrecido simplemente la siguiente inferencia en un solo paso, en lugar de aquella más compleja que he dado anteriormente:

- (1\*) Si el párrafo 8 del artículo III de las Reglas de La Haya-Visby se aplica a la cláusula 2 del conocimiento de embarque expedido por los demandados, y no hay consideraciones compensatorias, entonces, todo considerado, debemos jurídicamente admitir la apelación y retirar la suspensión de la acción del demandante.
- (2) El párrafo 8 del artículo III de las Reglas de La Haya-Visby se aplica a la cláusula 2 del conocimiento de embarque expedido por los demandados.

(5) No hay consideraciones compensatorias.

Por lo tanto (de (1\*), (2), y (5)),

(6) Todo considerado, debemos jurídicamente admitir la apelación y eliminar la suspensión de la acción del demandante.

Esto serviría, argumentativamente, pero solo si ni (1) ni (4) de la versión más compleja del argumento fueran afirmaciones controvertidas en el contexto decisorio. En cualquier caso, el tribunal tendría que estar preparado para desarrollar y defender el paso del enunciado de aplicabilidad —premisa (2)— al juicio de deber en la conclusión; y la forma de hacerlo sería especificando la afirmación sustantiva que es la conclusión de la aplicación inferencial de la disposición a la cláusula.<sup>4</sup>

### 3.4. Apoyo

Mencioné que, en el argumento complejo anterior, la premisa (4) presenta el hecho de que la cláusula del conocimiento de embarque es nula y sin efecto como una *razón* que apoya la decisión del tribunal respecto de admitir la apelación. ¿Por qué simplemente como una razón y no como un hecho suficiente para establecer que admitir la apelación era lo que, todo considerado, el tribunal debía jurídicamente hacer? ¿No estaba el tribunal

<sup>4</sup> En las páginas 203-207 de “Applicability and Effectiveness of Legal Norms” (1997), Pablo E. Navarro y José Juan Moreso distinguen entre la aplicabilidad “interna” y la aplicabilidad “externa” de las normas jurídicas. La primera noción pretende captar lo que llamé —en la sección 2, al tratar la aplicabilidad inferencial del derecho— aplicabilidad *tout court*; se trata de una relación conceptual entre una norma jurídica y un caso individual (véase también Navarro y Rodríguez, 2014, pp. 126-129). La aplicabilidad “externa”, por el contrario, es una noción normativa: decir que una norma *N* es aplicable externamente a un determinado caso genérico *C* es, en su definición, decir que la aplicación de *N* a los casos individuales que son instancias de *C* es requerida (o al menos permitida) por alguna otra norma. Pero esto no es suficientemente fino: la noción de aplicabilidad externa —con su referencia genérica a la *aplicación* de una norma, un concepto que no exploran— pasa por alto la distinción entre la aplicación inferencial y la aplicación pragmática del derecho. Creo que Navarro y Moreso solo tienen en mente este último tipo de aplicación.

jurídicamente obligado a permitir la apelación si la cláusula era nula y sin efecto?

No. Por una parte, la aplicabilidad del párrafo 8 del artículo III de las Reglas de La Haya-Visby, con su efecto de anular la cláusula, es compatible con la existencia de otras partes del derecho positivo —e incluso de otras disposiciones aplicables a la misma cláusula— que podrían también ser relevantes para la cuestión, y que podrían dar razones para *no* admitir la apelación (o al menos razones que podrían apoyar la conclusión de que no es el caso de que, todo considerado, el tribunal deba admitirla); puede haber, en el derecho, disposiciones aplicables que estén en conflicto pero igualmente válidas. Y, de forma más general, incluso en ausencia de una tal disposición conflictiva, podría ser que el tribunal tuviera jurídicamente permitido no admitir la apelación en nombre de alguna razón jurídicamente relevante de igual o mayor fuerza en sentido contrario. Lo que, todo considerado, un tribunal debe jurídicamente hacer nunca está determinado únicamente por el derecho positivo aplicable.

Por “razón” no me refiero solo a una consideración que cuente a favor o en contra de decidir en cierto modo. Consideremos una disposición como la siguiente (del *Criminal Justice (Scotland) Act* de 2016):

35 Autorización para el interrogatorio

(1) El tribunal puede autorizar a un agente de policía a interrogar a una persona sobre un delito después de que la persona haya sido oficialmente acusada de cometer el delito...

Esta disposición, que confiere una libertad (es decir, una permisión), es una disposición que un tribunal que decida autorizar dicho interrogatorio puede aplicar pragmáticamente. El tribunal podrá correctamente considerar no solo que su decisión está, todo considerado, jurídicamente permitida (y, por lo tanto, que no es el caso que, todo considerado, el tribunal jurídicamente *no* deba emitirla), sino también que la disposición apoya (aunque, de nuevo, no de manera concluyente) esa proposición acerca de lo que le está, todo considerado, jurídicamente permitido hacer. Pero no se sigue, y no es necesariamente verdadero, que, todo considerado, el tribunal *deba* jurídicamente autorizar el interrogatorio. Puede no ser verdadero ni que,

todo considerado, deba, ni que no deba hacerlo (lo que bastaría para que la decisión estuviese jurídicamente justificada); y de todas maneras aquella disposición no proporciona al tribunal ninguna razón para decidir en cualquiera de los sentidos. No todos los hechos que apoyan proposiciones acerca de qué, todo considerado, debe (o no) hacerse son razones a favor o en contra de algo; y por “razón” me refiero a un hecho que apoya una proposición acerca de qué, todo considerado, debe (o no) hacerse.<sup>5</sup>

Nótese, de paso, que la conclusión de la aplicación inferencial de una determinada disposición bien puede ser directamente un enunciado acerca de *la acción misma* que el tribunal debe jurídicamente realizar si quiere aplicar pragmáticamente la disposición. Ello es lo que observamos en el ejemplo que se acaba de presentar. La disposición que justifica (a falta de consideraciones de igual o mayor fuerza en sentido contrario) la decisión del tribunal de autorizar a un agente de policía a interrogar a alguien es ella misma una disposición sobre las decisiones de los tribunales de autorizar a los agentes de policía a interrogar a alguien. (En *The Hollandia*, en cambio, la disposición que se aplica se refiere a las cláusulas de limitación de la responsabilidad en los contratos de transporte, y no a si se deben denegar determinadas apelaciones). Pero aun en esos casos debemos diferenciar entre la conclusión de la aplicación inferencial de la disposición en una determinada situación particular (“este tribunal tiene la libertad de autorizar a un agente de policía a interrogar a esta persona”, por ejemplo), y el juicio de deber que aquella conclusión apoya (“no es el caso de que este tribunal, todo considerado, legalmente no deba autorizar a un agente de policía a interrogar a esta persona”). El enunciado condicional “si la sección 35(1) del *Criminal Justice (Scotland) Act* de 2016 se aplica a la presente

<sup>5</sup> Junto a Euan MacDonald proponemos una caracterización de la noción de razón en términos de la relación de “apoyo” (“*support*”) —que se centra en la relación entre los hechos que constituyen razones y el valor de verdad de enunciados de deber todo considerado [“*all things considered*”] (en contraposición a la relación de “favorecimiento” [“*favouring*”], que se centra en la relación entre los hechos que constituyen razones y aquello para lo que son razones —acciones, creencias, etc.)— en nuestro artículo “*Contra Tantum Reasons*” (inédito, y todavía en progreso). A los efectos presentes, sin embargo, basta decir que mi uso de “razón” acá abarca tanto *favorecedores* (incluyendo razones tanto a favor como en contra de cierto curso de acción) como *apoyantes* [“*supporters*”].

situación, entonces no es el caso que este tribunal, todo considerado, no deba autorizar a un agente de policía a interrogar a esta persona” no es una tautología.

### 3.5. Actuar en calidad de autoridad

Sin embargo, lo que hace que la acción de Denning —su decisión— sea un acto de aplicación del derecho no es simplemente el hecho de que lo haya entendido como una acción que, todo considerado, debía jurídicamente realizar. No sería un acto de aplicación del derecho si no se hubiera realizado —o, al menos, si Denning no hubiera pretendido realizarlo— en el cumplimiento de una función específica (la de un juez, en su caso) y como medio de poner fin de manera autoritativa (aunque de forma solo provisional) a un determinado asunto o controversia.

Algunos autores señalan que, como ciudadanas y ciudadanos, podemos relacionarnos con el derecho de muchas maneras —podemos seguirlo, cumplirlo, romperlo, invocarlo, etc.— pero no exactamente “aplicarlo”.<sup>6</sup> Esto es cierto solo en parte, como sabemos ahora: a menudo, como meras y meros ciudadanas y ciudadanos, sí aplicamos *inferencialmente* el derecho. Suponga que quiere casarse, pero, habiendo obtenido recientemente un divorcio, se pregunta si es jurídicamente posible casarse de nuevo tan pronto. Así que lee la legislación pertinente, y concluye que sí se le permite volver a casarse. Usted ha aplicado —aplicado inferencialmente— la disposición o disposiciones pertinentes para llegar a aquella conclusión. Pero es cierto que al seguir adelante y casarse, no estará realizando otro acto de aplicación del derecho; simplemente ejercerá un poder jurídico y se aprovechará de la libertad jurídica que lo acompaña.<sup>7</sup> De igual manera, puedo, aplicando inferencialmente una determinada disposición, llegar a la conclusión de que jurídicamente tengo el deber de pagarle una cierta

<sup>6</sup> Véase, por ejemplo, MacCallum, 1993, pp. 63, 72-4; Pino, 2011, pp. 802-809; Carpentier, 2018, pp. 109-111.

<sup>7</sup> Gracias a Antony Duff por la discusión sobre este punto.



cantidad de dinero; pero al pagarla no estoy “aplicando” la ley: simplemente estoy cumpliendo con mi deber.

No es en nuestra calidad de ciudadanas y ciudadanos que aplicamos pragmáticamente disposiciones jurídicas.<sup>8</sup> Solo aplicamos pragmáticamente una disposición jurídica cuando, en alguna función o calidad específica —como es, paradigmáticamente, la de un juez— ejercemos (o al menos pretendemos ejercer) la autoridad para llevar una determinada cuestión o controversia a una resolución de algún tipo. La acción pertinente —la decisión— tiene por objeto resolver esa cuestión, y el agente la considera justificada por referencia a la disposición.

#### 4. ¿Cómo se relacionan la aplicación inferencial y la aplicación pragmática del derecho?

La aplicación pragmática del derecho presupone conceptualmente —como mi definición lo aclara— la aplicación inferencial. Pero hay más que decir sobre las relaciones entre los dos tipos de aplicación.

En primer lugar, quien aplica pragmáticamente una disposición  $p$  a un determinado objeto  $x$  no tiene por qué ser la misma entidad que la ha aplicado inferencialmente. Típicamente, por supuesto, será el mismo juez o tribunal el que aplicará inferencialmente una disposición a un determinado objeto  $x$ , arribando a la conclusión correspondiente, y luego pasará a aplicar pragmáticamente aquella disposición, realizando la acción que esa conclusión normativamente apoya. Pero las dos operaciones pueden recaer en entidades diferentes. Ello es lo que parece ser el caso, por ejemplo,

<sup>8</sup> Esto no quiere decir que nunca llevemos a cabo, como ciudadanas y ciudadanos, acciones que podrían llamarse acciones de aplicación del derecho en *algún* sentido de la noción —un sentido no reducible a nociones tales como *cumplir* con la ley, *seguir* al derecho, *hacer lo que el derecho requiere*, etc.—. Consideraciones como las que acabo de mencionar no son suficientes para resolver este punto. Pero no es un punto que pretenda resolver en este artículo. Acá estoy enfocado en el sentido particular y distintivo en el que decimos de los tribunales (y otros agentes institucionales) que característicamente aplican derecho. Pensamos en los tribunales como órganos que aplican derecho; y lo que ello significa no es que simplemente *pase* que los tribunales apliquen —como podría hacerlo cualquier otra persona o entidad— el derecho.

cuando un tribunal nacional de un Estado miembro de la Unión Europea remite al Tribunal de Justicia de la Unión Europea una cuestión interpretativa del derecho de la Unión Europea. El fallo del Tribunal de Justicia puede conllevar la aplicación inferencial del derecho de la Unión Europea; y el tribunal nacional se basará entonces en ella para proceder a la aplicación pragmática del derecho pertinente.<sup>9</sup>

En segundo lugar, la aplicación pragmática y la aplicación inferencial del derecho no son reducibles, desde el punto de vista de su explicación, la una a la otra. ¿Por qué alguien podría pensar que, dadas mis definiciones, la aplicación pragmática del derecho es reducible a la aplicación inferencial? La idea sería que la aplicación pragmática de una determinada disposición *p* podría entenderse en términos de aplicación inferencial de *otra cosa*: de la regla putativamente jurídica de que, si *p* se aplica a un determinado objeto, entonces, en ausencia de consideraciones de igual o mayor fuerza en sentido contrario, el tribunal debería decidir jurídicamente (o al menos que no es el caso que no debería decidir jurídicamente) de una determinada manera. La aplicación pragmática de *p* sería entonces explicable como (a) la aplicación inferencial de aquella supuesta regla, simplemente unida a (b) la realización efectiva de la acción pertinente por parte del tribunal. En *The Hollandia*, por ejemplo, la aplicación pragmática del párrafo 8 del artículo III de las Reglas de La Haya-Visby por parte del tribunal podría explicarse —así se pensaría— como la aplicación inferencial de la regla de que, si esa disposición se aplica a la cláusula del conocimiento de embarque, entonces, si no hay consideraciones de igual o mayor fuerza en sentido contrario, el tribunal debería jurídicamente permitir la apelación. Habiendo razonado para llegar a esta conclusión —que parece ajustarse a mi definición de aplicación inferencial del derecho— el tribunal simplemente actuó en conformidad. No queda nada por explicar.

Pero esta línea de razonamiento es errónea. Es cierto que al aplicar pragmáticamente una disposición *p*, un tribunal habrá razonado que, si *p* se aplica a un determinado objeto, entonces, en ausencia de consideraciones de igual o mayor fuerza en sentido contrario, su decisión es una que jurídicamente debe emitir (o no es una que jurídicamente no deba emitir).

---

<sup>9</sup> Gracias aquí a Maggie O'Brien por la discusión, y a Euan MacDonald por el ejemplo.

Pero enunciados condicionales como estos, si son verdaderos, no son en sí mismos *jurídicamente* verdaderos, verdaderos en virtud del derecho. Si enuncian una regla, no es una regla que forme parte del derecho existente. Más bien, sería una regla *sobre* el derecho existente y sobre la forma en que el derecho existente incide en lo que el tribunal debe jurídicamente hacer; sería una regla sobre lo que se debe hacer si una cierta parte del derecho existente —la disposición *p*— se aplica a un objeto determinado.

Para decirlo en términos más generales: la regla (o principio, si es eso lo que es) de que los tribunales deben aplicar el derecho no forma parte del derecho cuya aplicación prescribe. Esto no quiere decir que no pueda haber una regla jurídica —parte del derecho vigente— que prescriba a los tribunales aplicar el derecho existente; una regla autorreferencial incluso. Pero todavía necesitaríamos saber si los tribunales deben jurídicamente aplicar el derecho vigente, incluyendo *esa* regla; y si la respuesta es que sí lo deben hacer, la regla o principio que así lo determinara no sería en sí misma parte del derecho vigente. Así que la aplicación pragmática del derecho no puede explicarse en términos de aplicación inferencial del derecho. (Sin mencionar, por supuesto, que la aplicación inferencial del derecho se basa, como argumenté en la sección 2.4, en enunciados de aplicabilidad de segundo orden, y no en afirmaciones de primer orden que enuncien el contenido de lo que sea que se está aplicando).

Tampoco es posible reducir la aplicación inferencial a la aplicación pragmática del derecho. Aquí la idea sería que si la aplicación inferencial del derecho se caracteriza, como he sostenido, como realización de un *acto* mental, entonces podría incluirse en mi definición de aplicación pragmática, dada una lectura suficientemente amplia de “acción”. Pero, de nuevo, esto no serviría. La aplicación pragmática del derecho no se caracteriza simplemente como realización de una acción, sino de una acción que el agente considera jurídicamente justificada sobre la base del derecho existente; y eso nunca es verdad respecto del acto mental de arribar a una determinada conclusión sobre un determinado objeto sobre la base del derecho existente. Tal vez sea cierto que, en *The Hollandia*, Denning debería haber llegado, como de hecho lo hizo, a la conclusión de que la cláusula del conocimiento de embarque era jurídicamente nula y sin efecto. Pero el

acto mental de llegar a aquella conclusión no es en sí mismo un acto que se justifique por referencia al derecho existente. Más bien se justifica por referencia a las consideraciones sustantivas (y lógicas) que rigen la forma en que los tribunales deben basarse *en* el derecho existente para razonar hacia conclusiones sobre objetos como las cláusulas de los conocimientos de embarque.

Sin embargo, los dos tipos de aplicación del derecho están relacionados no solo conceptualmente sino también normativamente. En la sección 2.4 mencioné que la justificación de los enunciados de aplicabilidad (y de las afirmaciones sobre sus consecuencias) se basa en una serie de consideraciones sustantivas, a las cuales un tribunal debe ser sensible. Entre ellas figuran las consecuencias adicionales que se derivarán (o derivarían) si la conclusión que resulta de la aplicación inferencial de esa disposición realmente se considera verdadera en términos jurídicos, y si se actúa en consecuencia. En otras palabras, el hecho de que haya una determinada decisión  $d$  que el tribunal deba jurídicamente emitir *si* una disposición  $p$  se aplica con una determinada consecuencia a un objeto  $x$  es en sí mismo una consideración que debe tener en cuenta el tribunal al determinar si  $p$  se aplica o no a  $x$ . Si  $d$  es una decisión sumamente indeseable o absurda, entonces esa es una consideración que en sí misma incide en el razonamiento del tribunal sobre si se aplica o no la disposición pertinente. La aplicación pragmática del derecho, para decirlo de modo sintético, retroalimenta normativamente la aplicación inferencial del derecho.

## 5. Casos

Como mencioné en la sección 1, se suele decir que los tribunales aplican el derecho tanto *a* como *en* casos. Hasta ahora he intentado evitar el lenguaje de “casos”, y lo he logrado casi siempre. Pero las definiciones que propongo deberían al menos ser compatibles con ese lenguaje. ¿Lo son?

La noción de caso es menos clara de lo que parece. En el discurso jurídico encontramos, creo, al menos cuatro sentidos de la palabra.

A veces —llamémosle “Sentido 1”— lo que entendemos por un caso es, bueno, nada en absoluto. Consideremos la siguiente afirmación:

- (A) La disposición del párrafo 8 del artículo III de las Reglas de La Haya-Visby se aplica *al caso de una cláusula de derecho extranjero* en un conocimiento de embarque.

Esto es algo que el tribunal de *The Hollandia* podría haber dicho. Pero, ¿qué es este “*caso de una cláusula de derecho extranjero*”? No es lo que el tribunal llamaría “el caso en cuestión”; eso no tendría sentido. La afirmación es simplemente, me parece, una perifrasis innecesaria.<sup>10</sup> Es una forma indirecta de decir que

- (B) La disposición del párrafo 8 del artículo III de las Reglas de La Haya-Visby se aplica a las *cláusulas de derecho extranjero* en los conocimientos de embarque,

lo que a su vez debe entenderse como la afirmación de que el hecho de que una cláusula sea una cláusula de derecho extranjero en un conocimiento de embarque no significa que la disposición *no* se aplique a ella. De la misma manera,

- (C) La disposición del párrafo 8 del artículo III de las Reglas de La Haya-Visby se aplica *al caso de la cláusula 2* del conocimiento de embarque expedido por los demandados no significa nada más que
- (D) La disposición del párrafo 8 del artículo III de las Reglas de La Haya-Visby se aplica *a la cláusula 2* del conocimiento de embarque expedido por los demandados.

<sup>10</sup> Arthur Quiller-Couch hace algunos comentarios divertidos sobre la palabra “caso” —“el hijo más querido de la jerga”, le llama en *On the Art of Writing* (1923, p. 77)—. Fowler tampoco era un fan: “quizás no hay otra palabra a la que se recurra tan libremente para ahorrar problemas, y responsable, por consiguiente, de tanta escritura flácida” (véase Fowler, 1968, pp. 76-77, y Fowler y Fowler, 1931, pp. 15-16). En caso de que se lo pregunte, Fowler no se opone a “fan”. (Tampoco ha objetado —en caso de que también se lo pregunte— “*en caso de que se lo pregunte*”: es uno de los “usos legítimos” de la palabra. “*En el caso de*” es, sin embargo, “el peor infractor”.)

En otro sentido de la palabra —el que está en juego cuando hablamos de un juez *que decide el caso* que tiene ante sí—, un caso es en realidad una *pregunta* particular. Es una pregunta que se le plantea a un juez y sobre la cual se espera que se pronuncie. Es siempre una pregunta normativa, y siempre se refiere a una determinada acción del juez o del tribunal. ¿Debe el juez hacer cumplir este contrato? ¿Condenar a este acusado? ¿Admitir esta apelación? “Decidir el caso” es, para el tribunal, adoptar un curso de acción particular: el curso de acción que corresponde a lo que el juez piensa que, todo considerado, debe jurídicamente hacer cuando se enfrenta a tal pregunta.

Aunque un caso en este sentido de la palabra —el Sentido 2— es una pregunta y no un conjunto de hechos, es típicamente una pregunta planteada en relación con un conjunto particular de hechos (o descripciones de hechos) que también se presentan ante un juez. Estos son lo que normalmente llamaríamos los “hechos *del caso*”; y tales hechos —que no son *el “caso”* en el sentido que acabamos de especificar— son lo que a veces también llamamos “el caso” ante el juez. Así, en este sentido —el Sentido 3 del término—, un “caso” es una serie de descripciones de hechos particulares, en relación con los cuales se ha planteado una determinada pregunta normativa que se ha llevado ante un juez para ser decidida.

En un cuarto sentido, el término se refiere más ampliamente a cualquier contexto decisorio en el que se pide a un tribunal que se pronuncie sobre un caso en el segundo sentido del término. “En este caso”, el tribunal podría haber dicho en *The Hollandia*, refiriéndose al contexto decisorio particular en el que se encontraba, “decidimos admitir la apelación”.

(Hay un quinto sentido, aunque no sea de interés para nuestros propósitos actuales; es el sentido en el que hablamos, por ejemplo, de *The Hollandia* en sí mismo como un “caso”: un “caso” al que podemos referirnos, citar, analizar, criticar, etc. Aquí el término se refiere de manera exhaustiva a un determinado evento de toma de decisión con todos sus componentes, incluyendo la decisión emitida por el tribunal, junto con su registro en la sentencia del tribunal).

¿Aplican los tribunales, entonces, el derecho *a o en* —o *al decidir*— casos en cualquiera de estos sentidos? Sí. En el Sentido 1, el término se utiliza para referir —aunque de manera redundante— al objeto indirecto de la aplicación inferencial del derecho: a aquello *a lo que* se aplica inferen-

cialmente el derecho. En el Sentido 4, el término se refiere al contexto decisorio en el que el tribunal se enfrenta a una pregunta normativa a la que el juicio de deber de la aplicación pragmática del derecho proporciona una respuesta. Y en el sentido 2, el término se refiere a esta misma pregunta, a la cuestión *en la decisión de la cual* el tribunal aplica pragmáticamente el derecho.

## 6. Conclusión

Comencé este trabajo identificando tres conjuntos de preguntas sobre la aplicación del derecho: preguntas sobre lo que llamé (a) su *objeto directo*, (b) su *objeto indirecto*, y (c) su *contenido*. Dejé las tres para el final, aunque por diferentes razones.

He pospuesto el tratamiento de las preguntas sobre *objeto indirecto* y *contenido* porque, según expliqué, estas podrían recibir respuestas diferentes según el tipo de aplicación del derecho que tengamos en mente. Lo que acabo de decir en la sección 5 sobre la noción de caso demuestra esto con relación al *objeto indirecto* de aplicación del derecho. El objeto indirecto de la aplicación inferencial del derecho es un “caso” solo en el primer sentido de la palabra. Es, como vimos en la sección 2.5, cualquier objeto  $x$  tal que la aplicabilidad a  $x$  de una determinada parte del derecho existente es relevante para la cuestión de si cierta afirmación sobre  $x$  es jurídicamente verdadera. Es *a eso* que un tribunal aplicará inferencialmente el derecho. En cambio, la aplicación pragmática del derecho es la aplicación *no a* un caso sino *en* un caso, o *en la decisión de* un caso —pero en otros sentidos de “caso”—. En cuanto al *contenido* de cada uno de los dos tipos de aplicación del derecho, esto es precisamente lo que las definiciones que he propuesto pretenden caracterizar.

Las preguntas sobre el *objeto directo* de la aplicación del derecho, sin embargo, las he pospuesto solo por razones de conveniencia. El hecho de centrarme en la aplicación de disposiciones escritas me permitió utilizar ejemplos claros y sencillos mientras desarrollaba y defendía mis análisis. Pero, ¿qué podemos decir de manera más general sobre el objeto directo de la aplicación del derecho?

Podemos decir que abarca cualquier parte del derecho existente que sea saliente en el contexto decisorio relevante: cualquier sección del derecho positivo (o incluso no positivo, según lo que permita su metafísica jurídica) que exista en el momento de la aplicación, y que pueda identificarse como tal —como parte del derecho existente— independientemente de cualquier opinión sobre su aplicabilidad y aplicación a cualquier objeto (e independientemente también de cualquier opinión sobre la conveniencia normativa de aplicarla pragmáticamente en cualquier contexto particular de adopción de decisiones). Puede tratarse de una disposición aislada, pero también, por ejemplo, de un grupo de disposiciones tomadas en conjunto, o de una decisión judicial (en sistemas jurídicos que reconozcan el principio del *stare decisis*), o de una costumbre —o lo que sea que cuente como parte del derecho según la teoría correcta de lo que es el derecho—.

## Bibliografía

- Carpentier, M. (2018). Validity *versus* Applicability: A (Small) Dose of Scepticism. *Diritto e Questione Pubbliche*, 18, 107-132.
- Duarte d'Almeida, L. (2019). On the Legal Syllogism. En D. Plunkett, S. Shapiro y K. Toh (eds), *Dimensions of Normativity: New Essays on Metaethics and Jurisprudence* (pp. 335-364). Nueva York: Oxford University Press.
- Fowler, H. W. (1968). *Fowler's Modern English Usage*. 2 ed. realizada por Sir Ernest Gowers. Oxford: Oxford University Press.
- Fowler, H. W. y Fowler, E.G. (1931). *The King's English*. 3 ed. Oxford: Oxford University Press.
- MacCallum, G. (1993). On Applying Rules. En M. G. Singer y R. Martin (eds.), *Legislative Intent and Other Essays on Law, Politics, and Morality* (pp. 64-74). Madison: The University of Wisconsin Press.
- Moreso, J. J. y Chilovi, S. (2018). Interpretive Arguments and the Application of the Law. En G. Bongiovanni et al (eds.), *Handbook of Legal Reasoning and Argumentation* (pp. 495-517). Dordrecht: Springer.
- Navarro, P. y Moreso, J. J. (1997). Applicability and Effectiveness of Legal Norms. *Law and Philosophy*, 16, 201-219.



- Navarro, P. y Rodríguez, J. L. (2014). *Deontic Logic and Legal Systems*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Pino, G. (2011). L'applicabilità delle norme giuridiche. *Diritto e Questioni Pubbliche*, 11, 797-871.
- Quiller-Couch, A. (1923). *On the Art of Writing*. Cambridge: Cambridge University Press.



## Aquiles, la Tortuga y la aplicación de normas jurídicas como un “asunto particularista” sin particularismo

*Achilles, the Tortoise and the Application of Legal Rules as a “Particularistic Affair” without Particularism*

María Gabriela Scataglini\*

Recepción: 22/04/2021

Evaluación: 28/05/2021

Aceptación final: 27/10/2021

**Resumen:** Me concentro en dos aspectos del artículo de Duarte d’Almeida “¿Qué es aplicar el derecho?” que identifico como: 1) que el silogismo jurídico es una mala reconstrucción del razonamiento que conduce a —y a la vez justifica— una sentencia judicial; y 2) que la inferencia que lleva a una decisión judicial es de carácter particularista, no habiendo ningún principio universal con el cual los jueces se comprometan al aplicar una norma a un caso. Respecto de 1) trazo cierta analogía con el diálogo de Lewis Carroll “Lo que la Tortuga le dijo a Aquiles” y recurro a la concepción de Gilbert Ryle acerca de la inferencia como un *saber cómo*. Basada en las consideraciones ryleanas expongo el alcance de mi coincidencia con 2), y por último planteo una discrepancia acerca de qué considerar incluido en lo que el autor llama “aplicación pragmática” del derecho.

**Palabras clave:** silogismo jurídico, inferencia, saber cómo, particularismo, aplicación pragmática.

\* Doctora de la Universidad de Buenos Aires. Profesora adjunta interina de Teoría General del Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Correo electrónico: g\_scataglini@hotmail.com

**Abstract:** I focus on two aspects of Duarte d'Almeida's paper "What is it to apply law?" identified as: 1) the legal syllogism is a bad reconstruction of the reasoning that leads to – and also justifies – a judicial decision; and 2) that the inference leading to a judicial decision is of a particularistic nature, not being an universal principle with which judges commit themselves when applying a legal rule. Regarding 1) I show some analogy with Lewis Carroll's dialogue "What the Tortoise said to Achilles" and draw upon Gilbert Ryle's conception of inference as a *know how*. Based on Rylean considerations, I mark the scope of my agreement on 2), and finally I disagree on what is to be involved in what the author calls "pragmatic application" of law.

**Keywords:** legal syllogism, inference, know how, particularism, pragmatic application.

## Introducción

En “¿Qué es aplicar el derecho?”, Luís Duarte d'Almeida presenta una serie de interesantes reflexiones acerca de en qué consiste aplicar normas jurídicas. Una de sus consideraciones —en la que aquí me voy a centrar— constituye un desafío a una de las ideas más arraigadas de la teoría jurídica: la de que la decisión judicial puede ser reconstruida mediante un razonamiento silogístico cuya primera premisa es la norma jurídica, la segunda premisa una descripción de los hechos del caso, y la conclusión la sentencia del juez que resuelve el caso. A esta reconstrucción suele aludirse como “silogismo jurídico” o “silogismo judicial”.

A mi modo de ver pueden distinguirse dos aspectos en la crítica de Duarte d'Almeida al silogismo jurídico: el primero de ellos sería que este, tal como usualmente se lo concibe (del modo descrito en el párrafo anterior), está mal construido: se trata, según entiendo, de un argumento acerca de cómo reconstruir adecuadamente el razonamiento lógico que conduce a —y a la vez justifica— la resolución judicial de un caso en base a una norma jurídica. Duarte d'Almeida hace una propuesta alternativa acerca de cuáles deberían ser las premisas de esa reconstrucción. El segundo aspecto de la crítica, me parece, alude a una cuestión sustantiva: la inferencia que conduce a una decisión judicial es de carácter eminentemente particularista;

aquí la tesis central es que no hay ningún principio universal con el cual los jueces se comprometan al aplicar una norma: al resolver un caso los jueces no determinan cuándo (en qué casos en general) esa norma resulta aplicable, sino sencillamente que la norma en cuestión se aplica a *ese* caso que él o ella tienen que resolver.

Aún a riesgo de simplificar demasiado, trataré de presentar los planteos de Duarte d’Almeida del modo más sencillo posible, y al tiempo expondré mis coincidencias, discrepancias o cuestionamientos en torno a ellos. Otra cuestión importante a dilucidar será si, entre los dos aspectos que he identificado, existe alguna relación o se trata de dos críticas conceptualmente independientes entre sí.

## 1. El “silogismo jurídico” está mal construido

Esta parece ser la conclusión de Duarte d’Almeida, tras un minucioso análisis en base al cual afirma, básicamente, que si se toma como primera premisa la norma jurídica aplicable, la conclusión del razonamiento no resulta ser la decisión judicial (sentencia). Para poder derivar lógicamente un enunciado que constituya una sentencia o decisión judicial, se requeriría un razonamiento tal que: i) la primera premisa fuera un enunciado hipotético cuyo antecedente contuviera una cláusula condicional del tipo “si la norma en cuestión se aplica a este caso” y el consecuente fuera el contenido de la sentencia; ii) la segunda premisa fuera la afirmación de que la norma en cuestión se aplica a ese caso; y entonces sí, a partir de esas dos premisas se deduciría la sentencia por *Modus Ponens*.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Transcribiendo el ejemplo de Duarte d’Almeida (2021, Sección 2.4) un razonamiento así tiene la siguiente forma:

“(1’) Si el párrafo 8 del artículo III de las Reglas de La Haya-Visby se aplica a la cláusula 2 del conocimiento de embarque expedido por los demandados, entonces la cláusula 2 del conocimiento de embarque expedido por los demandados es nula y sin efecto.

(2’) El párrafo 8 del artículo III de las Reglas de La Haya-Visby se aplica a la cláusula 2 del conocimiento de embarque expedido por los demandados.

Por lo tanto, (de (1’) y (2’)),

(3’) La cláusula 2 del conocimiento de embarque emitido por los acusados es nula y sin efecto”.

Lo que señala Duarte d'Almeida respecto del modelo que propone es: i) que la primera premisa no es la norma que está siendo aplicada (como en el modelo del silogismo jurídico), y ii) que la segunda premisa es un enunciado de segundo orden, es decir, que habla *sobre* la aplicabilidad de la norma a los hechos del caso —*i. e. afirmación de aplicabilidad*—, y no una descripción de los hechos del caso (como en el modelo del silogismo jurídico).

Con ello quedaría demostrado que el modelo del silogismo jurídico es inapropiado para reconstruir lo que pretende, a saber, un razonamiento cuya conclusión es la decisión judicial (sentencia).

En un artículo precedente al aquí comentado, Duarte d'Almeida señala:

Rule-deductivists, by contrast, seem to want to cash out in first-order terms the second-order idea that a statutory rule applies to a case. But how could that be right? If the justification of the court's decision—the justification of the court's applying a provision to the case in hand—turned, as rule-deductivists claim, on the fact that the case satisfies the antecedent of the corresponding statutory rule, then what we would need as a premise in the argument would be the second-order statement that the antecedent of the rule is satisfied by the case—not a statement of the relevant rule together with a statement of facts that satisfy its antecedent. Conversely, an argument that featured a first-order statement of the relevant rule as a premise, and combined it, as in the rule-deductivists' legal syllogism, with a description of facts that satisfy the antecedent of the rule, could not itself justify the second-order claim that the rule applies to the facts (Duarte d'Almeida 2019, p. 34).

La crítica de Duarte d'Almeida —si bien podría tildársela de minuciosa— resulta desafiante. Siguiendo su línea de pensamiento, parece correcto que el silogismo jurídico no sería una reconstrucción rigurosa de aquello en lo que consiste “aplicar una norma a un caso”, en el sentido de que, tal como él muestra, de premisas de primer orden (la norma y la descripción de los hechos) no se seguiría como conclusión el resultado de aplicar la norma al caso (que es el contenido de la sentencia judicial). Pero si Duarte d'Almeida está en lo correcto, ¿cómo es que esto ha pasado hasta ahora inadvertido?

No ha sido así. Que las premisas de un razonamiento de primer orden no “conducen” necesariamente a la conclusión ya había sido célebremente señalado.

En efecto, hay algún aspecto de la crítica de Duarte d’Almeida al silogismo jurídico que podría relacionarse con el argumento de Lewis Carroll en su artículo “Lo que la Tortuga dijo a Aquiles” (Carroll, 1895).

Como es sabido, en el diálogo imaginario de Carroll, la Tortuga le pide a Aquiles que anote en su libreta los siguientes enunciados:

(A) Dos cosas que son iguales a una tercera son iguales entre sí.

(B) Los dos lados de este triángulo son iguales a un tercero.

(Z) Los dos lados de este triángulo son iguales entre sí.

La Tortuga pregunta a Aquiles si la conclusión se deduce lógicamente de las premisas, y Aquiles responde afirmativamente. Luego de algún intercambio, la Tortuga le pregunta si podría haber algún lector que dijera “Acepto A y B como verdaderas”, pero se negara a aceptar el enunciado condicional que dice que “si A y B son verdaderas, entonces Z debe ser verdadera” —llamemos a ese enunciado hipotético “C”—. Entonces, la posición de la Tortuga es que acepta A y B pero no acepta C. Y le pide a Aquiles que la fuerce a aceptar Z. Aquiles se da cuenta de que para poder hacer que la Tortuga acepte Z, ella debería aceptar C. Entonces, la Tortuga le dice que solo aceptará C si Aquiles la anota en su libreta. Ahora Aquiles insiste en que, si A, B y C son verdaderas, la Tortuga debe aceptar Z.

“Si A y B y C son verdaderas, Z debe ser verdadera”, repitió pensativamente la Tortuga. “¿Esa es otra Hipótesis, o no? Y, si no reconociera su veracidad, ¿podría aceptar A y B y C, y todavía no aceptar Z, o no?”

Y entonces la Tortuga le pide a Aquiles que anote esa otra hipótesis —llamémosla (D)— en su libreta. El cuento termina relatando que varios meses después, Aquiles seguía anotando enunciados hipotéticos en su libreta y la Tortuga aún no aceptaba Z.

El problema es el del regreso al infinito: si para aceptar una conclusión lógica debemos aceptar la hipótesis de que si las premisas son verdaderas la conclusión también lo es, y si tratamos a esa hipótesis, en tanto verdadera,

como una premisa más, se incurre en un regreso, porque necesitaremos siempre *otra hipótesis más* que afirme que si esa nueva premisa es verdadera la conclusión también lo es.

La paradoja es el resultado de suponer que la tarea de Aquiles es la de proveer premisas suficientes para obligar a la Tortuga a aceptar la conclusión, y lo que sucede es que la incorporación sucesiva de hipótesis solo conduce al regreso. ¿Cuál es la enseñanza principal del relato de Carroll? La siguiente: que la hipótesis —*i. e.* el condicional que la Tortuga debe “aceptar” para pasar a la conclusión— no debe ser tratada como una premisa más porque constituye un enunciado de segundo orden.

Este es el punto en el que creo que es trazable alguna semejanza con el planteo de Duarte d’Almeida, quien parece partir de la misma intuición que tiene la Tortuga: que las dos premisas de primer orden no llevan —no obligan— a aceptar la conclusión. Para afirmar la conclusión se necesita hacer algo más, algo que solo puede ser captado (reconstruido) en un orden superior. Pero a su vez, el (o los) enunciados de segundo orden no pueden aparecer “mezclados” en el mismo razonamiento con las premisas de primer orden.

Ahora bien, existen diferencias relevantes. En el relato de Aquiles y la Tortuga el enunciado de segundo orden (lo que denominan la Hipotética o la hipótesis: que si A y B y C son verdaderas, Z debe serlo) refiere al *pasaje* de las premisas a la conclusión. En cambio, en el planteo de Duarte d’Almeida el tipo de enunciado de segundo orden es un enunciado sobre la *aplicabilidad* de la norma al caso. Y además se trata de *dos* enunciados, mejor dicho, de las dos premisas de un razonamiento; recuérdese: la hipótesis de que si una norma se aplica a un caso entonces se obtiene como conclusión el resultado de esa aplicación (*i. e.* la sentencia), y la afirmación —también de segundo orden— de que esa norma se aplica al caso.

Veamos esto más en detalle: los enunciados A y B del diálogo entre Aquiles y la Tortuga son de primer orden, al igual que los del silogismo jurídico. Si hiciéramos el ejercicio de trasladar la propuesta de Duarte d’Almeida al ejemplo de la tortuga, obtendríamos este razonamiento:

(A’) Si (A) se aplica a este triángulo, los dos lados de este triángulo son iguales entre sí.



(B') (A) se aplica a este triángulo.

(Z') Los dos lados de este triángulo son iguales entre sí.

Resulta evidente que se trata de un razonamiento de segundo orden, dado que (A) (“Dos cosas que son iguales a una tercera son iguales entre sí”) está siendo mencionada y no usada. El punto de Duarte d’Almeida residiría en que es este razonamiento —y no el de primer orden (*i. e.* el que aparece en el cuento)— el que lleva a la conclusión.

Ahora bien, ¿puede la moraleja del relato de Carroll arrojar alguna luz sobre la propuesta de Duarte d’Almeida? Como ya se dijo, la paradoja muestra que los enunciados de segundo orden requeridos para llegar a la conclusión no pueden formar parte del mismo razonamiento junto con las premisas de primer orden. Lo que la hipótesis expresa no puede ser afirmado *junto* con los otros enunciados como una premisa más. ¿Pero qué es lo que la hipótesis expresaba en el relato de Aquiles y la Tortuga? Como también se mencionó, aquella refería al pasaje de las premisas a la conclusión. Según las interpretaciones más usuales esa hipótesis constituye un principio de inferencia: los principios de inferencia son “tickets”, habilitaciones o permisos para extraer conclusiones. Su aceptación justifica y permite el pasaje a la conclusión. Pero se trata de reglas (operaciones) y no de premisas (verdades). Lo que se pone en evidencia en el diálogo es que no se trata de aceptar nuevas “verdades”, lo que se requiere son reglas de transformación que habiliten el tránsito de premisas a conclusión. En esta línea, el análisis inaugurado por Ryle indica que la operación de pasar de las premisas a la conclusión (*i. e.* la aplicación de reglas inferenciales) requiere un tipo de conocimiento que no es una forma de *saber que*, sino de *saber cómo* (Ryle, 1949).<sup>2</sup> La paradoja surge precisamente porque se malinterpreta qué quiere decir saber inferir. Inferir no puede ser reducido o analizado como el conocimiento de ciertas proposiciones. La práctica

<sup>2</sup> Ryle explica: “It is therefore possible for people intelligently to perform some sorts of operations when they are not yet able to consider any propositions enjoining how they should be performed. Some intelligent performances are not controlled by any anterior acknowledgments of the principles applied in them” (1949, p. 30).

inferencial supone saber operar con ciertas reglas, lo cual se traduce en realizar inferencias válidas.<sup>3</sup>

¿Qué resultaría de trasladar estas enseñanzas a la propuesta de Duarte d'Almeida? Aquí aquello que hay que saber cómo hacer no consiste —o no consiste solo— en pasar de las premisas a la conclusión, sino específicamente en saber si y cómo se relacionan la primera y la segunda premisa, en otras palabras, saber reconocer si la norma *es aplicable* al caso. Deberíamos entonces concluir que el reconocimiento de la relación de aplicabilidad es un tipo de *saber cómo* no reductible a la aceptación de proposiciones. ¿Pero es esto lo que Duarte d'Almeida quiere afirmar?

La respuesta no resulta clara. Como se dijo, el foco de su planteo está puesto en la relación de aplicabilidad. Su razonamiento de segundo orden afirma —en su segunda premisa— que existe esa relación entre la norma y aquello a lo que se aplica. Esto parece equiparable a la idea de subsunción. Aplicar una norma jurídica a un objeto es aceptar que ese objeto se “subsume” en la norma.

Pero la cuestión resulta confusa en algunos aspectos. En primer lugar, el ejemplo de Duarte d'Almeida es un poco desorientador porque alude a la aplicabilidad de la norma a un “objeto”, que en el caso consiste, efectivamente, en una cláusula contractual: el resultado de esa aplicación es tornar nula la cláusula. Pero no queda claro cómo estas características particulares del ejemplo se traducen a y/o si alcanzan a otras normas en las cuales lo que se tiene como “objeto de la subsunción” no es propiamente un objeto sino un hecho (como ser, por ejemplo, una acción llevada a cabo por una persona). La insistencia de Duarte d'Almeida en hablar de “objeto” y los términos en que lo hace torna dudosa esta cuestión.

<sup>3</sup> Peter Winch retoma esta línea y la profundiza: “the actual process of drawing an inference, which is after all at the heart of logic, is something which cannot be represented as a logical formula (...) Learning to infer is not just a matter of being taught about explicit logical relations between propositions; it is learning to do something” (1958, p. 57). Winch llega a sugerir que la moraleja del diálogo de Carroll es un caso particular de una lección general, en el sentido de que la correcta aplicación de las normas que rigen una forma de actividad humana no puede ser resumida en una serie de *otras normas*, o en un conjunto de preceptos explícitos.

Por otro lado, el problema planteado por Duarte d’Almeida parece limitarse exclusivamente a la actividad de aplicar normas jurídicas para resolver un caso en el ámbito del derecho, y excluir la aplicación de reglas en general.<sup>4</sup> Sin embargo, el argumento de Carroll sí alcanza a todo razonamiento en base a reglas; y en general a cualquier razonamiento deductivo. Aun a los de segundo orden.

Siendo esto así, la paradoja también alcanza al razonamiento sobre la aplicabilidad que presenta Duarte d’Almeida como alternativa al silogismo jurídico. Véase ello en mi esquema precedente de razonamiento de segundo orden: según la paradoja, el pasaje de (A’) y (B’) a la conclusión (Z’) solo resultaría justificado —nos veríamos obligados a dar ese paso— si se acepta *otro* enunciado, diríamos de tercer orden, y así sucesivamente. Un modo de escapar al regreso es asumir la línea de Ryle: todo argumento deductivo, aun uno de segundo orden, padece la paradoja a menos que inferir sea concebido como un saber práctico irreductible a proposiciones. Pero ¿aceptaría esto Duarte d’Almeida? ¿O quizás él considera que por ser *sobre aplicabilidad* (digamos, un segundo orden de tipo diferente al del relato de Carroll que era *sobre la inferencia*) su propuesta de reconstrucción —que es obviamente deductiva— puede escapar al regreso en razón de algún otro argumento? ¿Quizás alguno relacionado con el hecho de que su primera premisa no tiene la forma de un enunciado universal al modo de “Para todo x...”?

Si así fuera, resultaría interesante conocer sus argumentos, porque podrían relacionarse con lo que he identificado como el segundo aspecto de su crítica, relativa al carácter particularista de los razonamientos jurídicos. Pero en tal caso, no alcanzo a ver, todavía, cuál sería exactamente el vínculo entre ambos aspectos. En otras palabras, ¿cómo se relaciona —si es que lo hace— la crítica al silogismo jurídico como una mala reconstrucción, con aquella otra relativa al carácter particularista de los razonamientos que llevan adelante los jueces y juezas al resolver casos? La respuesta a esa cuestión no surge de manera nítida del trabajo de Duarte d’Almeida.

<sup>4</sup> Tengo en cuenta que aquello a lo que Duarte d’Almeida se refiere como “aplicación pragmática” sí es propia de la práctica jurídica. Me referiré a ella en la Sección 3. Pero los argumentos que ahora estoy discutiendo son presentados por Duarte d’Almeida como característicos de lo que llama “aplicación inferencial” del derecho, y es a este tópico al que me refiero en el texto principal.

## 2. El carácter particularista de la aplicación de normas jurídicas

Duarte d'Almeida afirma que al resolver un caso, un tribunal no se compromete con ningún enunciado reconstruible bajo una forma de este tipo: “Para todo  $x$ , si  $Rx$  entonces  $Nx$ ”<sup>5</sup>, que es como usualmente se “traducen” las normas generales —enunciados de primer orden— al lenguaje simbólico, mostrando que se trata de enunciados universales.

Al respecto el autor afirma:

La aplicación del derecho es, en cierto sentido, un asunto particularista. Lo que quiero decir no es que, para cualquier conclusión correctamente alcanzada sobre la base de que alguna disposición  $p$  se aplica a algún objeto  $x$ , no exista un principio universal verdadero que capte todos y sólo aquellos aspectos de  $x$  que son relevantes para esa conclusión —un principio que *podría* utilizarse para construir una inferencia que se ajustara a un esquema idéntico al del silogismo jurídico. Lo que quiero decir es que nosotros- y los tribunales en particular- no nos comprometemos (de hecho, ni siquiera podría esperarse que lo hiciéramos) con formulaciones de principios de ese tipo como un paso necesario, típico o incluso mínimamente frecuente en nuestro razonamiento o en nuestros argumentos hacia tales conclusiones (Duarte d'Almeida 2021, Sección 2.4).

Aclarando cuál es el alcance de su tesis, el autor señala que su propuesta de reconstrucción se refiere enteramente a la relación entre la disposición y un objeto *particular*. No se trata de un argumento sobre las cláusulas (en plural) de los conocimientos de embarque (en general), ni tampoco sobre la gama de efectos que el párrafo 8 del artículo III del Reglamento podría tener sobre una cláusula *de ese tipo*. Se trata de un argumento sobre una determinada cláusula —la cláusula 2 del conocimiento de embarque que

<sup>5</sup> Este esquema podría responder al ejemplo del Duarte d'Almeida abreviado: “Para toda cláusula contractual sobre conocimientos de embarque, si restringe la responsabilidad, entonces es nula”.

Denning tenía ante sí— y sobre el efecto de la disposición sobre *ella*, afirma Duarte d’Almeida (2021, Sección 2.4).

En “On the legal syllogism”, aclara que no niega el carácter universalizable de la aplicación de normas jurídicas, en el sentido de que, racionalmente, el juez se compromete con que cualquier otro caso que fuera similar en todos los aspectos relevantes debería ser uno al cual la norma también resultaría aplicable. Pero señala: “My point is that his decision did not commit him to any precise and definitive view on *what exactly those relevant respects were*” (Duarte d’Almeida 2019, pp. 28-29) (cursiva del original).

Y en el trabajo en este volumen:

Quando abordan la cuestión de si una disposición se aplica al caso que se tiene enfrente, los tribunales no formulan —y probablemente ni siquiera serían capaces de hacerlo— descripciones rigurosas de las propiedades que tendría que satisfacer cualquier caso al cual sea aplicable la disposición. Ni siquiera es razonable esperar que los tribunales formulen descripciones rigurosas de las propiedades relevantes del caso particular que estén tratando. No articulan ni se comprometen, como tampoco lo hace Denning, con enunciados de primer orden de las “reglas” que entienden que la disposición relevante expresa, y bajo la cual simplemente subsumirían el caso que están tratando.

Coincido con este aspecto. En otro lugar he planteado que captar “el alcance” de una norma (*i. e.* saber aplicarla) no puede consistir en representarse una proposición general conteniendo todas sus aplicaciones; una proposición tal que incluyera, por ejemplo, un listado de todas las excepciones posibles.

El problema no es (o no es solo) el tiempo que insumiría dar una formulación como esa. Como ha señalado Robert Brandom,

(..) no es sólo que necesitaríamos excluir una lista infinita de condiciones —aunque eso es cierto—. Es que no se podría definir la pertenencia a esa lista: no sabemos cómo especificar de antemano lo que pertenece a la lista (Brandom, 2000 [2002], p. 109).

Lo que creo que está en juego aquí es cierta idea de lo que significa subsumir.<sup>6</sup> Reconocer cuándo un caso particular es una instancia de un universal —*i. e.* la norma jurídica— no requiere tener previamente desplegado —sea mediante formulación en el lenguaje o como captación o representación mental— un listado total de circunstancias de aplicación, entre las cuales “encontrar” la que se tiene bajo análisis.

Por ello coincido con la idea de Duarte d’Almeida de que aplicar normas jurídicas no consiste en la representación ni el compromiso por parte del agente judicial *de una proposición universal* conteniendo todas las aplicaciones de la norma.

Es que concebir una proposición universal de esas características resulta problemático: si quisiéramos definirla por extensión, tendríamos el problema señalado por Brandom en la cita *supra*: además de no poder realizar una lista exhaustiva, no sabríamos qué poner en ella. Si quisiéramos definirla intensionalmente, estaríamos formulando una nueva regla; ahora bien, esta nueva regla, conceptualmente, requeriría una nueva regla y así sucesivamente, incurriéndose en un regreso al infinito. Como se advierte, este resultado no es otro que el surge de trasladar el argumento de Carroll al tema del seguimiento de reglas: planteo que ha sido célebremente formulado por Wittgenstein en los párrafos §201 y §202 de sus *Investigaciones Filosóficas*<sup>7</sup>.

Desde ya que lo anterior no supone negar que existen criterios de corrección acerca de si una norma es o no aplicable a un caso particular. De hecho, un juez o jueza ponen en uso ese criterio cuando aplican una norma a un caso. Pero lo que *no* hacen es captar o comprometerse con una fórmula

<sup>6</sup> En mi tesis doctoral (Scataglini, 2021) he analizado la cuestión de la “subsunción” en estos términos, que podrían resultar en alguna medida compatibles con el planteo de Duarte d’Almeida.

<sup>7</sup> Para un análisis del planteo wittgensteiniano y sus consecuencias, véase Scataglini (2021, Capítulo 2), donde se establece que las conderaciones de *Investigaciones Filosóficas* no conducen ni al escepticismo ni a un mero convencionalismo respecto del seguimiento de reglas. En cambio, lo que el argumento wittgensteiniano muestra es que el significado de una regla no debe buscarse en nuevas reglas (*i. e.* “interpretaciones”). Saber seguir reglas constituye el dominio de una técnica que se adquiere mediante el entrenamiento y la incorporación en una práctica.

o principio universal que contiene (extensional u intensionalmente) *todas* las aplicaciones de la norma.

Lo recién dicho no tiene nada que ver con adherir al particularismo jurídico. Por el contrario, de lo que estoy hablando es de en qué consiste aplicar reglas generales, las que reconozco como tales. Siguiendo a Bayón, se podría hablar de un “universalismo mínimo” respecto del seguimiento de reglas:

juzgar, en cualquier contexto no es más que clasificar un objeto particular, esto es, subsumirlo en un concepto; pero no es posible articular y explicitar (“codificar”) un conjunto de reglas que fijen exhaustivamente cuándo lo particular es una instancia de lo universal, porque eso sería tanto como articular meta-reglas para la aplicación de reglas, con la consiguiente reproducción del problema en lo concerniente a la aplicación de meta-reglas (Bayón 2007, p. 150).

Bayón está aludiendo, por supuesto, al planteo wittgensteiniano antes referido, el cual constituye una crítica a la denominada visión “intelectualista” del seguimiento de reglas. En la concepción de Wittgenstein-Ryle, aplicar una regla a un caso (o dicho a la inversa, subsumir un caso bajo una regla) consiste en un *saber cómo*, en tener una habilidad.

Y lo importante aquí es que cuando de lo que se trata es de una habilidad, no *poder explicitar* cómo desarrollarla no equivale a no *saber cómo* desarrollarla. Podemos saber cómo hacer algo *correctamente* sin poder especificar en el lenguaje —y aún sin representarnos intelectualmente— de manera exhaustiva las condiciones para o el criterio de dicha corrección.<sup>8</sup>

<sup>8</sup> Ryle critica a los defensores de la concepción intelectualista, en tanto (ellos) “reassimilate knowing how to knowing that by arguing that intelligent performance involves the observance of rules, or the application of criteria. It follows that the operation which is characterised as intelligent must be preceded by an intellectual acknowledgment of these rules or criteria; that is, the agent must first go through the internal process of avowing to himself certain propositions about what is to be done (‘maxims’, ‘imperatives’ or ‘regulative propositions’ as they are sometimes called); only then can he execute his performance in accordance with those dictates” (Ryle, 1949, p. 29).

En atención a estas reflexiones podría afirmarse, para ponerlo en términos simples, que Duarte d'Almeida y yo estamos de acuerdo en qué implica —y qué no implica— subsumir un caso bajo una norma jurídica<sup>9</sup>: no implica la representación mental de, ni el compromiso con, una proposición universal que especifica todas las aplicaciones correctas de esa norma.

### 3. Aplicación pragmática

La última afirmación de la sección precedente deja abierta la cuestión de si la propuesta de Duarte d'Almeida se limita exclusivamente a la aplicación de normas jurídicas o si podría extenderse a la aplicación de cualquier regla. Por mi parte, la considero extensible, ya que entiendo que la aplicación de normas jurídicas es —más allá de sus particularidades— un caso más de la aplicación de reglas en general.

Ahora bien, una de las particularidades de la aplicación de normas jurídicas realizada por los jueces y juezas al resolver un caso individual es que se trata de una acción que tiene efectos institucionales específicos.<sup>10</sup> Siguiendo a Austin podríamos caracterizar la aplicación del derecho

<sup>9</sup> Dos aclaraciones terminológicas respecto de esta afirmación. La primera: estoy utilizando el término “subsumir” en el sentido del que dan cuenta mis consideraciones en el texto principal, esto es en el marco de un “universalismo mínimo”; por lo tanto considero que, así entendido, determinar que un caso “se subsume” bajo una norma es equivalente a reconocer que la norma se aplica a ese caso. La segunda, al utilizar “caso” me refiero aquí a lo que Alchourrón y Bulygin (1971 [2002], pp. 58-59) han distinguido como “caso individual”, en contraposición a “caso genérico”. Esta conocida distinción de los profesores argentinos aparece en parte recogida por Duarte d'Almeida en la última parte de su trabajo, aunque con algunas diferencias de alcance y especificidad por parte del autor (ver Duarte d'Almeida, 2021, Sección 5). Con todo es dable destacar que la subsunción de un “caso individual” bajo una norma podría ser expresada también en términos de que un caso genérico (aquel que mediante el uso de predicados recoge los rasgos característicos del caso individual) queda subsumido bajo la norma; a ello se alude como “subsunción genérica”.

<sup>10</sup> Afirma Duarte d'Almeida: “No es en nuestra calidad de ciudadanas y ciudadanos que aplicamos pragmáticamente disposiciones jurídicas. Solo aplicamos pragmáticamente una disposición jurídica cuando, en alguna función o calidad específica —como es, paradigmáticamente, la de un juez— ejercemos (o al menos pretendemos ejercer) la autoridad para llevar una determinada cuestión o controversia a una resolución de algún tipo” (2021, Sección 3.5)



mediante una sentencia judicial como un acto de habla performativo.<sup>11</sup> Al pronunciar o firmar una sentencia los jueces y juezas hacen algo: absuelven, condenan, anulan cláusulas contractuales, ordenan llevar adelante una ejecución, etc.

Pero este aspecto —llamémoslo “performativo”— no parece ser el único al que Duarte d’Almeida alude como “aplicación pragmática” del derecho. El autor involucra bajo esta idea otras dos cuestiones: i) la evaluación por parte del juez o jueza de que no hay consideraciones compensatorias para llegar a la conclusión, y ii) que su decisión está jurídicamente justificada por el derecho existente.

Al referirse a la relación entre esta “aplicación pragmática” y la “aplicación inferencial” del derecho señala:

la justificación de los enunciados de aplicabilidad (y de las afirmaciones sobre sus consecuencias) se basa en una serie de consideraciones sustantivas, a las cuales un tribunal debe ser sensible. Entre ellas figuran las consecuencias adicionales que se derivarán (o derivarían) si la conclusión que resulta de la aplicación inferencial de esa disposición realmente se considera verdadera en términos jurídicos, y si se actúa en consecuencia (Duarte d’Almeida, 2021, Sección 4).

Y también:

(...) el hecho de que haya una determinada decisión  $d$  que el tribunal deba jurídicamente emitir *si* una disposición  $p$  se aplica con una determinada consecuencia a un objeto  $x$  es en sí mismo una consideración que debe tener en cuenta el tribunal al determinar si  $p$  se aplica o no a  $x$ . Si  $d$  es una decisión sumamente indeseable o absurda, entonces esa es una consideración que en sí misma incide en el razonamiento del tribunal sobre si se aplica o no la disposición pertinente. La aplicación pragmática del derecho, para decirlo

---

<sup>11</sup> John Austin (1962) caracteriza a los *performatives* como aquellos verbos o enunciados que los contienen tales que el acto de expresar la oración es realizar (*to perform*) una acción. En la versión en castellano los traductores utilizan el término “realizativos” (1962 [1971], p. 45). Aquí prefiero usar “performativos”.

de modo sintético, retroalimenta normativamente la aplicación inferencial del derecho. (Duarte d'Almeida 2021, Sección 4)

No estoy segura de que la clasificación en aplicación inferencial y aplicación pragmática tal como la presenta en su trabajo Duarte d'Almeida resulte iluminadora.

Si, como he sugerido, inferir se entiende como un *saber hacer*, evaluaciones sustantivas como por ejemplo si existen consideraciones compensatorias a tener en cuenta, podrían contar como parte de la aplicación inferencial. Duarte d'Almeida parece reconocer esto en el inicio de la primera cita *supra*. Pero al mismo tiempo, en su planteo general, parecería asumir que la evaluación de las consideraciones compensatorias corresponde exclusivamente a la aplicación pragmática, por ejemplo en la segunda cita *supra* cuando alude a aquellas consideraciones que podrían llevar a rechazar un resultado absurdo, como una muestra de que la aplicación pragmática retroalimenta normativamente a la aplicación inferencial.

Pero lo cierto es que el resto de los ciudadanos y ciudadanas que no somos jueces ni juezas también realizamos inferencias que involucran los dos aspectos que Duarte d'Almeida clasifica como correspondientes a la “aplicación pragmática”, y que identifiqué antes como i): la evaluación de si hay o no consideraciones compensatorias para arribar a la conclusión, y ii): la de que la conclusión está jurídicamente justificada de acuerdo al derecho vigente. Esto es precisamente lo que hacemos, por ejemplo, abogados y abogadas litigantes y también juristas o quienes se dedican a la dogmática: evaluamos posibles consideraciones compensatorias y sostenemos nuestras conclusiones como ajustadas a derecho, como la determinación *correcta* de lo que el derecho dispone. Solo que nuestros argumentos y conclusiones no constituyen actos de habla performativos: carecen de consecuencias institucionales.

Por esta razón, me parece que resulta más claro reservar el rótulo de “aplicación pragmática” para dar cuenta del aspecto distintivo de la aplicación del derecho por parte de jueces y juezas: lo que he llamado el aspecto “performativo” o institucional; los jueces y juezas “aplican pragmáticamente” el derecho porque lo hacen en el marco de una institución —la práctica jurídica— que les otorga autoridad para resolver conflictos con-

forme a las normas vigentes; autoridad de la que carecen el resto de las personas, incluyendo abogados y abogadas.

A diferencia de Duarte d’Almeida, creo que los otros dos aspectos que él incluye en la “aplicación pragmática” no resultan exclusivos de la decisión judicial. Ya que si la acción de inferir se concibe como una actividad inteligente —*i. e.* un *saber hacer* en el marco de una práctica— la misma incluye consideraciones sustantivas relativas a cuál es la solución “jurídicamente justificada” o “conforme a derecho”, también cuando recae en algunos otros participantes de la práctica jurídica que no son jueces. Pensándolo bien, quizás la propuesta que mejor recoge el espíritu ryleano que he seguido, sea la de atribuir el título “aplicación pragmática” a estas inferencias inteligentes y acuñar “aplicación performativa” para el resultado específico del quehacer de los jueces.

## Bibliografía

- Alchourrón, C. y Bulygin, E. (1971). *Normative Systems*. Viena: Springer-Verlag. Versión en castellano: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Astrea, 2002.
- Austin, J. L. (1962). *How to do Things with Words*. Oxford: Oxford University Press. Versión en castellano: *Cómo hacer cosas con palabras*, tr. G. Carrió y E. Rabossi. Buenos Aires: Paidós, 1971.
- Bayón, J. C. (2007). Bulygin y la justificación de las decisiones judiciales: la parte sorprendente. En J.J. Moreso y C. Redondo, *Un diálogo con la teoría del derecho de Eugenio Bulygin* (pp. 137-152). Barcelona - Madrid: Marcial Pons.
- Brandom, R. (2000). *Articulating reasons. An introduction to Inferentialism*. Harvard: Harvard University Press. Edición en castellano: *La articulación de las razones. Una introducción al inferencialismo*. Madrid: Siglo XXI de España, 2002.
- Carroll, L. (1895). What the Tortoise Said to Achilles, *Mind*, 4(14), 278-280
- Duarte d’Almeida, L. (2019). On the legal syllogism. En D. Plunkett, S. Shapiro y K. Toh (eds.), *Dimensions of Normativity: New Essays*

- on Metaethics and Jurisprudence* (pp. 335-364). New York: Oxford University Press.
- Duarte d'Almeida, L. (2021). ¿Qué es aplicar el derecho? *Discusiones*, 27.
- Hart, H. L. A. (1963). *El Concepto de Derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Ryle, G. (1949). *The concept of mind*. London: Hutchinson's University Library. 2008.
- Scataglini, M. G. (2021). *Seguimiento de reglas: el aguijón pragmático en la teoría del derecho*. Barcelona-Madrid: Marcial Pons.
- Winch, P. (1958). *The Idea of a Social Science and its Relation to Philosophy*. London: Routledge, Second edition. 1990.
- Wittgenstein, L. (1953). *Investigaciones Filosóficas*. México: Instituto de Investigaciones Filosóficas de la UNAM. 1988.

## Comentario a *¿Qué es aplicar derecho?* de Luís Duarte d'Almeida

*Comments to Luís Duarte d'Almeida's "What Is  
It to Apply the Law?"*

Hugo R. Zuleta\*

Recepción: 22/04/2021

Evaluación: 28/05/2021

Aceptación final: 13/10/2021

**Resumen:** Presento una revisión crítica del artículo de Luís Duarte D'Almeida "¿Qué es aplicar derecho?". Comienzo reseñando los principales argumentos del autor contra el llamado "silogismo jurídico" que desarrolló en un artículo anterior, titulado "On the Legal Syllogism", en cuyo marco se inscribe el trabajo comentado. Cuestiono sus objeciones fundadas en que la teoría del silogismo jurídico no resiste la confrontación con la práctica judicial y en que la argumentación judicial debería reconstruirse mediante enunciados de segundo orden. Considero acertada la distinción entre un aspecto inferencial y un aspecto pragmático en la decisión judicial, pero sostengo que la explicación de la llamada "aplicación inferencial" no es inteligible y que no se presentan criterios para distinguir entre una decisión que aplica el derecho y una que no lo aplica.

**Palabras clave:** silogismo jurídico, aplicabilidad, aplicación inferencial, aplicación pragmática.

---

\* Profesor de Filosofía del Derecho. Facultad de Derecho. Universidad de Buenos Aires, Argentina. Correo electrónico: hugo.r.zuleta@gmail.com

**Abstract:** I present a critical review of Luís Duarte D’Almeida’s article “What Is It to Apply the Law?”. I begin by reviewing the main arguments against the so-called “legal syllogism” developed by the author in a previous paper, entitled “On the Legal Syllogism”, within the framework of which the article under comment is inscribed. I criticize his objections to the legal syllogism that are based on the claims that it does not withstand confrontation with judicial practice and that the judicial arguments should be reconstructed by means of second-order statements. I consider the distinction between an inferential aspect and a pragmatic aspect in the judicial decision to be correct, but I maintain that the explanation of the so-called “inferential application” is not intelligible and that no criteria are presented to distinguish between a decision that applies the law and one that does not.

**Keywords:** legal syllogism, applicability, inferential application, pragmatic application.

## 1. Antecedentes

El artículo de Luís Duarte d’Almeida “¿Qué es aplicar derecho?”, publicado en este volumen, debe ser considerado como continuación de uno anterior de su autoría titulado “On the Legal Syllogism” (2019), en el que cuestiona la extendida concepción de la justificación de las decisiones judiciales comúnmente representada por el llamado “silogismo jurídico”. Por tal motivo, para una mejor comprensión del nuevo trabajo es conveniente repasar algunas de las tesis sostenidas por el autor en aquel artículo.

De acuerdo con la concepción que critica Duarte d’Almeida, a la que denomina “deductivista de reglas”, la justificación jurídica de una decisión judicial que aplica normas jurídicas requiere que el argumento en que se funda tal decisión pueda ser reconstruido como un razonamiento deductivo que consta de una premisa normativa, consistente en una regla general de estructura condicional, una premisa descriptiva en la que se enuncian los hechos relevantes del caso, que debe instanciar el supuesto de hecho descripto en el antecedente de la premisa normativa, y la conclusión, consistente en un enunciado normativo cuyo contenido instancia el consecuente de la premisa normativa.

Duarte d'Almeida considera que ese tipo de reconstrucción importa formular en términos de primer orden, mediante la incorporación al razonamiento de la regla que el tribunal supuestamente aplica, la idea de segundo orden de que una disposición legal se aplica a un caso.

Para tomar un ejemplo sencillo: supongamos que tenemos en el sistema jurídico una disposición, digamos el artículo *i* del código penal, que establece: “Quien mate a otro será condenado a diez años de prisión”, y que se tuvo por probado que Juan mató a Pedro. El razonamiento judicial que conduce a la decisión de condenar a Juan a diez años de prisión debería ser reconstruido, de acuerdo con el deductivista de reglas, de la siguiente manera:

- 1) Si alguien mata a otro debe ser condenado a diez años de prisión (para todo  $x$  y para todo  $y$ , si  $x$  mata a  $y$ , se debe condenar a  $x$  a diez años de prisión) [premisa normativa].
  - 2) Juan mató a Pedro [premisa fáctica].
- Por lo tanto:
- 3) Se debe condenar a Juan a diez años de prisión [conclusión normativa].

donde la conclusión se obtiene por aplicación de las reglas de instanciación universal y de separación o *modus ponens*.

El principal problema que encuentra Duarte en esta reconstrucción es que en ningún lugar se dice que la disposición legal se aplica al caso en consideración. En su opinión, el argumento debería ser formulado por medio de oraciones de segundo orden donde la disposición legal en que se funda la conclusión no sea enunciada, como ocurre en la premisa 1, sino mencionada, y la premisa fáctica no describa los hechos relevantes del caso en consideración sino que afirme que la disposición le es aplicable.

Una reconstrucción del argumento más acorde con su idea sería la siguiente:

- 1) Si el artículo *i* del Código Penal es aplicable al caso presente, entonces Juan debe ser condenado a diez años de prisión.
  - 2) El artículo *i* del Código Penal es aplicable al caso presente.
- Por lo tanto:
- 3) Juan debe ser condenado a diez años de prisión.

En términos más generales, la forma de un argumento justificante debería ajustarse al siguiente esquema, que debe ser considerado provisional pues, como expondré en el próximo apartado, es ampliado en el artículo aquí publicado:

- 1) Para todo juez J, todo caso C, toda disposición D y toda acción  $\phi$ , si (a) J tiene la tarea de decidir C, (b) D es aplicable a C, y (c)  $\phi$  es la acción que cuenta como aplicar D a C, entonces J debe hacer  $\phi$ .
  - 2) El juez J' tiene la tarea de decidir C'.
  - 3) La disposición D' es aplicable a C'.
  - 4)  $\phi'$  es la acción que cuenta como aplicar D' a C'.
- Por lo tanto:
- 5) J' debe hacer  $\phi'$ <sup>1</sup>.

Los puntos que deben destacarse en esta construcción son, en mi opinión, los siguientes:

(a) Se trata de un argumento deductivo. En efecto, Duarte señala con énfasis que él no cuestiona que los argumentos justificantes deban ser deductivos, tal como pretende el deductivista de reglas; lo que cuestiona es la elección de las premisas.

(b) En el argumento no se hace referencia a reglas sino a disposiciones concretas del orden jurídico de que se trate. En esto se aparta del deductivista de reglas, quien suele manejarse con bastante libertad en la construcción de la regla general usada como premisa, la que no siempre coincide ni es implicada por lo dispuesto expresamente en los textos legales que el juez menciona como fundamento de su decisión.

(c) La premisa crucial es (3); la proposición de segundo orden que afirma que cierta disposición es aplicable a cierto caso. Al respecto cabe señalar:

(c.1) No se aclara en qué condiciones una determinada disposición legal es aplicable a un caso. Aquí reside uno de los puntos fundamentales en que Duarte parece discrepar del deductivista de reglas: para él, que los

---

<sup>1</sup> Las letras J, C, D y  $\phi$  están usadas como variables, en tanto que J', C', D' y  $\phi'$  se usaron como constantes individuales.



hechos del caso reúnan las propiedades contempladas en el antecedente de la disposición invocada no es condición necesaria ni suficiente para que esta sea aplicable al caso en cuestión.

(c.2) Aun si se admitiera que la aplicabilidad de una disposición depende de que los hechos satisfagan la descripción contenida en su antecedente, lo que se necesitaría como premisa del argumento sería, a su juicio, el enunciado de segundo orden que dijera que el antecedente de la disposición es satisfecho por el caso, no la enunciación de la disposición relevante junto con el enunciado de los hechos que satisfacen el antecedente, pues de esto último no es posible inferir que la disposición es aplicable al caso.

## 2. Dos sentidos de “aplicación”

Duarte d'Almeida señala en las conclusiones del trabajo recordado que queda pendiente, entre otras cosas, explicar cómo se ha de entender y justificar la afirmación de que una disposición es aplicable a un caso. Esa es la tarea que cabía esperar que realizara en el presente artículo. Sin embargo, tal expectativa, en mi opinión, no es satisfecha.

El autor nos dice al comienzo del artículo que se propone explicar la noción de “aplicación del derecho”, lo cual requiere aclarar qué se aplica cuando se aplica el derecho, a qué se aplica y en qué consiste el acto de aplicar el derecho. La mayor parte del trabajo está destinada a contestar esta última pregunta, quedando para el final unas pocas consideraciones acerca de la primera (cualquier parte identificable del derecho existente en determinado momento y lugar, tales como disposiciones legales, conjuntos de disposiciones, precedentes, costumbres, etc.) y la segunda (distintos sentidos de “caso”: como simple giro verbal, como pregunta planteada a un juez, como serie de descripciones de hechos particulares y como contexto de decisión en que el tribunal se tiene que pronunciar).

En apretada síntesis, las ideas centrales del autor sobre la aplicación del derecho son, a mi entender, las siguientes:

a) Se debe distinguir dos sentidos de “aplicación”; el sentido “inferencial” y el “pragmático”.

b) Aplicar *inferencialmente* una disposición legal (o cualquier parte del derecho) a un objeto es un acto mental consistente en un razonamiento que conduce a la conclusión de que cierta proposición acerca del objeto es verdadera en virtud de algún nexo que se considera que existe entre la disposición y el objeto.

c) El nexo en cuestión consiste en que la disposición es *aplicable* al objeto.

d) Aplicar *pragmáticamente* una disposición legal a un objeto consiste en una acción (externa, *i. e.* no mental) mediante la cual el agente pretende resolver autoritativamente alguna cuestión o tema particular y tal que el agente la considera una acción jurídicamente debida (o al menos permitida) con fundamento en la conclusión de la aplicación inferencial de la disposición al objeto en cuestión.

e) La conclusión a que se arriba mediante la aplicación inferencial es una razón que apoya la aplicación pragmática de la disposición de que se trate, pero no es una razón concluyente, pues podría haber otras razones jurídicamente relevantes que operen en sentido contrario y prevalezcan en la emergencia. “Lo que, todo considerado, un tribunal debe jurídicamente hacer nunca está determinado únicamente por el derecho positivo aplicable”.

f) La aplicación pragmática presupone conceptualmente la aplicación inferencial, pero esta debe tener en cuenta a la primera: “... el hecho de que haya una determinada decisión *d* que el tribunal deba jurídicamente emitir si una determinada disposición *p* se aplica con una determinada consecuencia a un objeto *x* es en sí mismo una consideración que debe tener en cuenta el tribunal al determinar si *p* se aplica o no a *x*”.

e) El argumento justificante de una decisión judicial se puede reconstruir de acuerdo con el siguiente esquema:

- (1) Si la disposición *D* se aplica al objeto *x*, entonces *p*.
- (2) *D* se aplica a *x*.
- (3) *p* (de 1 y 2).
- (4) Si *p* y no hay consideraciones compensatorias, entonces, todo considerado, este tribunal tiene el deber jurídico de realizar la acción  $\phi$ .
- (5) No hay consideraciones compensatorias.

Por lo tanto:

- (6) Todo considerado, este tribunal tiene el deber jurídico de realizar la acción  $\phi$  (de 3, 4 y 5).

### 3. Crítica a las objeciones de Duarte d'Almeida al silogismo jurídico

Las principales objeciones que plantea Duarte d'Almeida a la concepción deductivista de reglas son: (1) no reconstruye adecuadamente la práctica judicial, y (2) el silogismo jurídico no expresa que la regla formulada en las premisas se aplica al caso a resolver. Las trataré en ese orden.

#### 3. 1. La confrontación con la práctica judicial

Para probar que la concepción de los deductivistas de reglas no reconstruye fielmente la práctica judicial Duarte d'Almeida se vale de un ejemplo que considera representativo de la actuación de los tribunales y que, a su juicio, no puede ser reconstruido adecuadamente por aquella concepción (*R v Luffe*, 1807). Se trata de una apelación en la que se discutía la competencia de los jueces de paz de cierto distrito para emitir una orden de filiación con relación al hijo adulterino de una mujer casada, sobre la base de una disposición cuyo texto se refería a mujeres solteras. Para rechazar la apelación del demandado el tribunal argumentó que, a los fines de la disposición legal, merecía igual tratamiento el hijo adulterino que el nacido de una mujer soltera.<sup>2</sup>

<sup>2</sup> La disposición de que se trata (6 Geo. 2. Cap. 31, § 1) dice “[I]f any single woman shall be delivered of a bastard child which shall be chargeable or likely to become chargeable to any parish [...], and shall, in an examination to be taken in writing, upon oath, before one or more Justices of the Peace [of that parish] charge any person with having gotten her with child; it shall and may be made lawful to and for such Justice or Justices [...] to issue out his or their warrant or warrants for the immediate apprehending such person so charged [unless he gives security to indemnify the parish]”. El texto del voto de Lord Ellenborough CJ citado por Duarte d'Almeida es el siguiente: “[W]hen the question is whether this were

La respuesta canónica del deductivista de reglas sería, creo, que los jueces consideraron jurídicamente irrelevante el requisito de que la madre fuera soltera, de modo que, aunque se invocó una cierta disposición legal que solo se refería a mujeres solteras, la regla que realmente aplicó el tribunal no es la que surge directamente de aquel texto, sino que tuvo por no escrita esa condición.

Pero Duarte d'Almeida rechaza esta movida con los siguientes argumentos: (i) Si bien el tribunal pasó por alto la restricción contenida en el antecedente de la disposición invocada, no hay duda, a su juicio, de que fue esa la disposición que aplicó, aunque pueda cuestionarse si la aplicó bien o mal. Es una práctica común que los tribunales decidan sobre la base de los propósitos generales de una disposición. (ii) Puesto que los tribunales suelen actuar de ese modo, el modelo del deductivista de reglas debería poder dar cuenta de esos contraejemplos; no puede dejarlos de lado sobre la sola base de que no encajan en su explicación. (iii) Lo que resolvió el tribunal es que la disposición era aplicable a ese caso en particular, y no hay razones para pensar que sostuvo un enunciado universal referido a todos los casos en que se demandara la filiación de hijos no matrimoniales tanto de madres solteras como casadas.

Los trataré en orden inverso.

El punto (iii) es el más relevante, en mi opinión, ya que es aplicable a todos los casos, no solo al tipo de contraejemplo ilustrado por el caso “*R v. Luffe*”. En opinión de Duarte d'Almeida es erróneo el punto de partida del deductivista de reglas, esto es, que los jueces fundan sus decisiones en reglas de alcance universal, porque, según afirma, para decidir si una disposición se aplica a un caso el tribunal no tiene necesidad de identificar todos los supuestos en que la disposición sería aplicable ni es razonable esperar que se comprometa a decidir de la misma manera siempre que se

a child born out of lawful matrimony, that is, out of the limits and rights belonging to that state, it is the same in substance whether it be a bastard. It is so for the general purposes of the Act. The matrimony does not cover the child if it be in other respects (according to the rule of law applicable to this subject) a bastard. And so it seems that a child born by adulterous intercourse is as much within the provision of the Act of Geo. 2, as one which is born of a single woman”.

cumplan los supuestos contemplados en el antecedente de una regla. En el artículo aquí publicado vuelve sobre la cuestión, como veremos.

El punto es importante. La posibilidad de construir la fundamentación de las sentencias judiciales como un razonamiento deductivo en el que el contenido de la decisión es un enunciado normativo que deriva lógicamente de ciertas premisas normativas y fácticas requiere: 1) concebir la estructura lógica de las normas generales como un condicional donde el antecedente es un enunciado descriptivo y el consecuente es una norma categórica; por ejemplo  $A \rightarrow OB$ ; y 2) aceptar como regla de inferencia la regla de separación (*modus ponens*).

En otras publicaciones (Zuleta, 2008; 2005) he criticado esa concepción porque considero inadecuada su tesis acerca de la forma lógica de las normas; pero no porque se las trate como condicionales sino por la ubicación del operador deóntico, que solo afecta el consecuente, cuando, en mi opinión, su alcance debería comprender todo el enunciado, lo cual torna imposible la deducción de la conclusión del modo en que aparece en el silogismo jurídico. Sin embargo, no es pertinente que me extienda aquí sobre ese tema.

El cuestionamiento de Duarte d'Almeida se vincula, según entiendo, con otro problema, derivado en este caso de la estructura condicional de las normas generales.

La aplicación de la regla del *modus ponens*, necesaria para deducir la solución que, según la norma, corresponde dar al caso, supone la validez de la ley de refuerzo del antecedente; es decir que las normas generales que aparecen como premisas del razonamiento justificante, que tienen estructura condicional, deben validar esa ley lógica, al igual que el condicional clásico. Esto es así porque la regla del *modus ponens* solo es aplicable si la verdad del antecedente del condicional es condición suficiente de la verdad del consecuente. Y si es condición suficiente, el consecuente se deduce siempre que es verdadero el antecedente, cualesquiera sean los nuevos elementos que se le agreguen.<sup>3</sup>

<sup>3</sup> Cabe advertir que la lógica de condicionales contrafácticos de David Lewis (1973) valida la regla de separación sin admitir la ley de refuerzo del antecedente. Pero se trata de un condicional que tiene condiciones de verdad muy distintas de las del condicional clásico.

La aplicación de ley de refuerzo del antecedente a las normas tiene algunas consecuencias contraintuitivas. Por ejemplo, la norma: “si alguien mata a otro debe ser condenado a veinte años de prisión” tiene infinitas consecuencias, entre otras “si alguien mata a otro y se suicida debe ser condenado a veinte años de prisión”, lo que no parece razonable. Pero es indispensable aceptar este tipo de inferencias para que se pueda derivar la conclusión del modo que pretende el deductivista de reglas.

Por eso, parece que tiene razón Duarte d’Almeida cuando señala que la aplicación de una disposición general a un caso no puede implicar un compromiso del tribunal de aplicar la misma disposición siempre que se cumpla el supuesto contemplado en el antecedente, con total independencia de cualesquiera otras circunstancias que estén presentes en el caso de que se trate.

Podría pensarse que la regla debe construirse de tal manera que el antecedente mencione absolutamente todas las condiciones que deben estar presentes en el caso para que se aplique la regla, pero esto parecería suponer capacidades cognitivas sobrehumanas.

Este problema ha llevado a algunos autores a sostener que las normas son *derrotables*, en el sentido de que están abiertas a un conjunto de excepciones que no pueden ser enunciadas exhaustivamente. Si esto fuera así, no sería posible derivar conclusión alguna ya que las normas no validarían la ley de refuerzo del antecedente.

Sin embargo, como explica Jorge Rodríguez, debe distinguirse entre derrotabilidad intrasistémica y extrasistémica, según que las circunstancias derrotantes estén contempladas en otras normas del mismo sistema jurídico —o surjan de sus fundamentos o justificación— o que provengan de normas de otros sistemas, como la moral, por ejemplo. En el caso de la derrotabilidad intrasistémica, en tanto para el positivismo jurídico el derecho proviene exclusivamente de un conjunto de hechos sociales finito, aunque complejo, nada impide, en teoría, que las circunstancias derrotantes sean identificadas exhaustivamente y se incorpore al antecedente de la norma la ausencia de tales circunstancias. Esto resolvería el problema teórico de identificación de las normas, con lo que se podría validar la ley de refuerzo del antecedente y la regla del *modus ponens*, y quedaría a salvo la tesis deductivista (asumiendo, claro, la forma lógica de las normas que yo rechazo). En el caso de la derrotabilidad extrasistémica, por otro lado,

no se trata de un problema relativo a la identificación del contenido de las normas mismas sino a su efectiva aplicación a casos particulares una vez que han sido identificadas, lo que corresponde al terreno de la derrotabilidad como problema práctico (Rodríguez, 2012, pp. 102-120).

Desde el punto de vista práctico, como señala Schauer (2012, pp. 90-101), la cuestión de la derrotabilidad no es una pregunta acerca de lo que hay en una regla sino acerca de cómo ha de ser tratado lo que la regla dice, y esto no es, ni puede ser nunca, algo que pueda ser determinado por la regla misma, pues las reglas no determinan su propia aplicación.

En el trabajo de Duarte d'Almeida, la derrotabilidad aparece en ambos sentidos en etapas sucesivas de la decisión. Como cuestión teórica, al caracterizar la aplicación inferencial, por las razones que antes mencioné, y nuevamente, esta vez como cuestión práctica, en la aplicación pragmática, como puede verse en la premisa (4) del esquema de argumento expuesto en el apartado 2-e), donde se agrega la condición de que no haya “consideraciones compensatorias”, es decir, consideraciones prevalectentes en contra. Esta condición se debe a que Duarte d'Almeida considera, creo que con razón, que la conclusión de que una disposición es aplicable a un caso puede constituir una razón para decidir de acuerdo con lo que la disposición establece, pero no se trata de una razón concluyente sino que podría ser derrotada por otras razones de mayor peso. Esto sin duda es así, pero no advierto de qué modo afecta el *concepto* de “aplicación” de una regla o disposición el hecho de que pueda haber en alguna oportunidad razones de peso para no aplicarla.

Con esto en mente, considero que Duarte d'Almeida se equivoca al suponer que el uso de una regla general como premisa del modo en que lo representa el silogismo jurídico importaría asumir el compromiso de resolver de la misma manera siempre que se cumplan los supuestos descritos en el antecedente de la regla, ya que la decisión que en definitiva se adopte en cada circunstancia pertenece al ámbito de la aplicación pragmática, como el mismo Duarte d'Almeida advierte acertadamente, no al de la determinación de la solución que prescribe la norma, que correspondería a la etapa inferencial.

En otras palabras, el hecho de que pueda reconstruirse racionalmente la decisión de un juez como derivada de una regla general nada dice sobre la

regla que va a aplicar ese mismo juez la siguiente vez que tenga que decidir en un caso que reúna las características contempladas en el antecedente de esa regla.

En este orden de ideas, pienso que tal vez no sea necesario, a los fines de explicar el fundamento de una sentencia, que se formule completamente la regla tomada como premisa, sino que sería suficiente con mencionar aquellas propiedades que son relevantes para la subsunción del caso en consideración, ya que la ley de refuerzo del antecedente es inocua si se deja de lado la idea de que la aplicación de una regla para resolver un caso implica el compromiso de dar la misma solución a todos los casos que presenten las características mencionadas en el antecedente de la regla.

Para aclarar esta idea tomemos como ejemplo dos artículos de un hipotético código penal:

Artículo *k*: Será penado con prisión de 8 a 25 años quien mate a otro/a.

Artículo *l*: No es punible quien mata a otro/a para defender su propia vida.

En el caso del asesinato de Juan por Pedro, quien no lo mató en defensa propia, la regla que justifica la condena de Pedro no requiere incluir en el antecedente la condición de que no haya matado en defensa propia, ya que la cuestión ni siquiera se planteó. Es cierto que la regla: “si alguien mata a otro debe ser condenado a prisión de 8 a 25 años” (llamémosla “regla 1”) implica, por obra de la ley de refuerzo del antecedente, la regla 2: “si alguien mata a otro y lo hace para defender su propia vida debe ser condenado a prisión de 8 a 25 años”, lo cual se encuentra en contradicción con lo que dispone el artículo *l*. Pero esto no tiene relevancia alguna pues la regla 2, si bien es consecuencia lógica de la regla 1, no es equivalente a ella, y la que aplicó el juez para resolver el caso fue la regla 1, no la regla 2. Si se presentara luego un caso en el que se prueba que el homicidio fue cometido en defensa de la propia vida, el juez no necesitaría invocar la regla 2 para resolver el caso, ni el mero hecho de que esta sea consecuencia lógica de la regla 1 involucra compromiso alguno en ese sentido ya que la regla 2 nunca fue usada para fundamentar una decisión. Es cierto que si absuelve al acusado que mató en defensa de la propia vida el juez está interpretando que el artículo *l* introduce una excepción a la regla derivada del artículo *k*, pero pienso que no era necesario mencionar la excepción al fundar lo



resuelto en el primer caso. El hecho de que el artículo  $k$  tenga excepciones es relevante y debe ser considerado si lo que se intenta es reconstruir sistemáticamente, con fines expositivos, todo el sistema jurídico, o una parte del sistema que lo incluya, pero no lo es si solo se trata de reconstruir el argumento en que se funda una decisión particular.

Paso ahora a considerar el argumento (ii), según el cual el deductivista de reglas debería dar cuenta de todos los contraejemplos en que en el uso común de los juristas se considera que se ha aplicado una disposición y que no encajan claramente en su modelo.

Pienso que está equivocado por las siguientes razones.

Como señala Carnap (1950), la *elucidación* consiste en reemplazar un concepto dado más o menos inexacto, el *explicandum*, por otro exacto, el *explicatum*. Uno de los requisitos que debe satisfacer el *explicatum* es que las reglas de su uso deben darse en forma *exacta*, de manera de introducirlo en un sistema bien conectado de conceptos científicos.

Puesto que el *explicatum* debe ser tan exacto como sea posible, en tanto que el *explicandum* es vago, no es posible esperar una coincidencia total. Incluso pueden aceptarse apartamientos considerables, como en el caso del concepto científico de “pez”, que excluye de su alcance a algunas especies que eran consideradas peces en el uso común, como las ballenas y las focas. Tal apartamiento puede estar justificado si se cumplen otros requisitos, como la conexión con otros conceptos dentro de una teoría, la fertilidad y la simplicidad.<sup>4</sup>

En ese orden de ideas cabe destacar que el modelo del deductivista de reglas es estructuralmente igual a otros modelos de explicación por subsunción legal. Más precisamente, el silogismo jurídico tiene la misma estructura que la explicación científica en el modelo nomológico-deductivo. En efecto, tal como señala Hempel, la explicación puede concebirse como un razonamiento deductivo de la forma:

$$\begin{array}{l} C_1, C_2, \dots, C_k \\ L_1, L_2, \dots, L_r \\ E \end{array}$$

---

<sup>4</sup> La satisfacción de estos requisitos por la concepción deductivista de reglas puede apreciarse en (Alchourrón y Bulygin (1971).

donde  $C_1, C_2, \dots, C_k$  son oraciones que describen los hechos particulares aducidos y  $L_1, L_2, \dots, L_r$  son las leyes generales sobre las que reposa la explicación (Hempel, 1979). Afirma el autor que los modelos de explicación que presenta no pretenden describir la manera como los científicos formulan realmente sus descripciones explicativas.

Su propósito es más bien indicar en términos razonablemente precisos la estructura lógica y la justificación de diversos modos en que la ciencia empírica responde a las preguntas que piden una explicación. La construcción de nuestros modelos, pues, supone cierto grado de abstracción y de esquematización lógica (Hempel, 1979, p. 405).

Y agrega que

no tiene objeto quejarse de que los modelos de leyes inclusivas no se ajustan exactamente a la forma en que los científicos presentan realmente sus explicaciones. Por lo general se eligen esas formulaciones teniendo en cuenta un auditorio determinado y, por ende, determinados requisitos pragmáticos (Hempel, 1979, p. 420).

Creo que las observaciones de Hempel son aplicables, *mutatis mutandis*, al modelo del deductivista de reglas. Por ello, aun cuando su noción de aplicación de reglas no cubra todos los supuestos en que los juristas afirman que se ha aplicado una disposición, esto no es una razón suficiente para descartarla, a menos que se ofrezca una noción alternativa que, además de ser más cercana al uso común, sea al menos tan exacta y fértil como aquella que se pretende reemplazar.

Finalmente, con relación al argumento (i) cabe señalar que Duarte d'Almeida no suministra criterios para distinguir aquellos casos en que una disposición fue mal aplicada de aquellos en que simplemente no fue aplicada. Sostiene que no caben dudas de que en el caso *Luffe* el tribunal aplicó la disposición que menciona, aunque haya pasado por alto la restricción relativa a que la mujer fuera soltera, pero no veo qué razón puede haber para asegurar esto, aparte del hecho de que fue esa la disposición mencionada en el fallo. Sin embargo, Duarte d'Almeida aclara que no pretende sugerir que cada vez que un tribunal afirma que aplica una disposición,

se sigue de ello que nos encontramos ante una instancia de aplicación de esa disposición; pero no aclara qué otros elementos deberíamos tener en cuenta para decidir la cuestión.

### **3.2. El silogismo jurídico no expresa que la disposición se aplica al caso**

En esto tiene razón Duarte d'Almeida, y también le asiste razón en que para expresar esa idea se requieren enunciados de segundo orden. Sin embargo, no es claro por qué debería expresarse esa idea en las premisas.

Lo que la reconstrucción del deductivista de reglas esquematiza es la relación lógica que debe haber entre una regla y el contenido conceptual de la decisión para que se pueda sostener que la regla se aplicó a un caso o que la decisión tiene fundamento en la regla. La aplicación de la regla no se afirma, sino que se muestra. En este punto, la objeción de Duarte d'Almeida parece asemejarse a la de quien criticara el teorema de Pitágoras sobre la base de que en ninguna premisa se afirma que los principios de Euclides son aplicables a los triángulos rectángulos.

Por otra parte, la regla efectivamente aplicada puede no coincidir literalmente ni ser una consecuencia lógica de las disposiciones invocadas. La reconstrucción del argumento que realiza el deductivista de reglas permite apreciar tales diferencias y discutir si la regla efectivamente aplicada constituye una interpretación o derivación aceptable de las disposiciones que se invocan, lo cual dependerá, obviamente, de la doctrina de la interpretación a que se adhiera.

Aquí también puede encontrarse una analogía con otros modelos de fundamentación, como muestra este pasaje de la ya recordada obra de Carl Hempel:

En realidad, las formulaciones que los matemáticos ofrecen habitualmente se apartan en cierta medida de los patrones metamatemáticos rigurosos y, por así decir, 'ideales.' Sin embargo, puede decirse que esos patrones exponen la estructura lógica y la justificación de la demostración matemática, y brindan criterios para la estimación crítica de las pruebas particulares que puedan

proponerse. Puede hallarse, pues, que una prueba propuesta se aparta de una pauta teórica determinada sólo en aspectos poco importantes; por ejemplo, omitiendo ciertos pasos intermedios del razonamiento por considerarlos obvios, o no mencionando ciertas premisas, que se dan por supuestas pero que pueden ser especificadas de manera explícita si ello es necesario... Por otra parte, los defectos pueden ser fundamentales... Los modelos analíticos de explicación científica, creo yo, pueden servir a propósitos similares, aunque en una escala mucho más modesta (Hempel, 1979, p. 407).

#### 4. La propuesta de Duarte d'Almeida

Como se dijo, en el artículo "On the Legal Syllogism" quedó pendiente de explicación la noción de aplicabilidad, esto es, en qué condiciones es dable afirmar que una disposición es aplicable a un caso. Cabía esperar que esto fuera develado en el artículo aquí publicado. Veamos si es así.

La noción de aplicabilidad aparece en la etapa de aplicación inferencial.

Nos explica Duarte d'Almeida que la aplicación inferencial consiste en un acto mental por el que se razona hacia la conclusión de que cierta proposición acerca de un objeto es verdadera sobre la base de que alguna parte del derecho existente, como una disposición legal por ejemplo, es aplicable a ese objeto.

Pero, ¿qué significa que una disposición es aplicable a un objeto? Esta es la respuesta de Duarte: "decir que una disposición  $p$  se aplica a un objeto  $x$  es decir que hay una consecuencia jurídica específica (o consecuencias jurídicas específicas) que la existencia misma de  $p$  tiene para  $x$  como cuestión de derecho. Es, por lo tanto, decir que hay una afirmación específica sobre  $x$  que es verdadera como cuestión de derecho, y que no podría, dada  $p$ , ser falsa".

Con respecto a la pregunta sobre cómo justificar las pretensiones de aplicabilidad, señala que se puede hacer sobre la base de razones de distintos tipos. En tal sentido observa que los términos exactos de la disposición de que se trate constituyen sin duda una razón importante, pero la concordancia del objeto, por clara que sea, con los términos de la disposición no es necesaria ni suficiente para justificar la afirmación de que la disposición se aplica al objeto relevante. Todo depende de qué otras razones puedan

gravitar en el tema, incluyendo la consideración de cuáles serían las consecuencias de aplicar la disposición. “La aplicación del derecho es, en cierto sentido, un asunto particularista”.

No encuentro que las explicaciones precedentes suministren una idea, siquiera aproximada, de lo que significa que una disposición es aplicable a un objeto, es decir, cuales son las condiciones necesarias y conjuntamente suficientes que deben estar presentes para juzgar si una disposición es o no es aplicable al objeto de que se trate.

Los puntos de la explicación que resultan, en mi opinión, particularmente oscuros son los siguientes:

(a) Señala Duarte d'Almeida que “decir que una disposición  $p$  se aplica a un objeto  $x$  es decir que hay una consecuencia jurídica específica (o consecuencias jurídicas específicas) que la existencia misma de  $p$  tiene para  $x$  como cuestión de derecho. Es, por lo tanto, decir que hay una afirmación específica sobre  $x$  que es verdadera como cuestión de derecho, y que no podría, dada  $p$ , ser falsa”. E inmediatamente agrega:

se puede saber que una disposición  $p$  se aplica a un objeto  $x$  y no saber exactamente cuál es la consecuencia que tiene  $p$  para  $x$  como cuestión de derecho. Uno puede saber que existe alguna afirmación sobre  $x$  que, dada  $p$ , debe ser verdadera como cuestión de derecho y, sin embargo, no saber exactamente cuál es esa afirmación. Y lo inverso también es posible. Uno puede saber que si  $p$  es aplicable a  $x$ , entonces una afirmación  $c$  sobre  $x$  es verdadera; pero no saber si  $p$  se aplica a  $c$ . Aplicar  $p$  a  $x$  es resolver estas dos cuestiones. Es formarse una opinión razonada sobre la consecuencia (o consecuencias) que  $p$  tiene para  $x$  como cuestión de derecho.

Tal vez esta idea pueda clarificarse con el siguiente ejemplo: sea  $A$  la disposición: “está permitido contraer matrimonio si y solo si ambos contrayentes son solteros”,  $B$  la proposición: “Juan y Marta son ambos solteros” y  $C$  la proposición: “está permitido que Juan y Marta contraigan matrimonio”. La conjunción  $(A.B)$  implica  $C$ , en tanto que la conjunción  $(A.¬B)$  implica  $¬C$ . Podemos saber que la disposición  $A$  es aplicable al caso del matrimonio entre Juan y Marta, en el sentido de que tiene consecuencias acerca de la verdad de  $C$ , pero no saber cuál es esa consecuencia, ya que

esto depende del valor de verdad de B. Aplicar inferencialmente la disposición sería resolver esa cuestión, esto es, determinar cuál es el valor de verdad de B y, en consecuencia, si es verdadera C o  $\neg C$ .

Sin embargo, en los ejemplos que presenta el autor para ilustrar la estructura del argumento con que el juez documenta su línea de razonamiento para arribar a la conclusión que ya alcanzó mediante el acto mental en el que consiste la aplicación inferencial, la conclusión ya aparece mencionada en la primera premisa como consecuente del condicional, es decir que ya aparece determinado desde el comienzo del argumento cuál sería la proposición que resultaría verdadera en el caso de que la disposición fuera aplicable. De modo que no aparece en ningún lugar explicitada la línea de razonamiento que lleva, de saber que la existencia de la disposición tiene cierta consecuencia para el objeto de que se trata a saber cuál es exactamente esa consecuencia. Si la aplicación inferencial consiste, como él señala, en resolver cuál es la consecuencia, esto queda totalmente en tinieblas en el argumento que supuestamente explicita la línea de razonamiento que justifica la conclusión, ya que se parte de una premisa en la que ya está explicitada la consecuencia.

(b) En la segunda premisa del esquema argumentativo se afirma que la disposición es aplicable al objeto, pero no se sabe por qué. Recuérdese que este es, conforme la cita anterior, uno de los puntos que puede ser ignorado y la aplicación inferencial debería elucidar. Cabía esperar que Duarte d'Almeida ofreciera una explicación alternativa a la del silogismo jurídico acerca del vínculo que debe haber entre una disposición legal y un caso para que la disposición sea aplicable al caso, pero él nos dice que esto es “en cierto sentido, un asunto particularista”. Teniendo en cuenta que el particularismo es lo opuesto a la aplicación de normas generales y que el derecho está compuesto esencialmente por normas generales, la afirmación no me parece inteligible. Si no hay criterio alguno para determinar en qué circunstancias una norma general se aplica a un caso, las normas resultan superfluas.

## 5. El rechazo de reglas universales

Una de las razones por las que Duarte d'Almeida rechaza la reconstrucción de los argumentos judiciales que propicia el deductivismo de reglas

es que él no admite que se atribuya a los jueces el compromiso con reglas universales como las que entiende que esa teoría requiere, ni que sea posible formularlas. Así, por ejemplo, dice al referirse al caso del contrato de transporte que utiliza como ejemplo en su artículo:

Podría ser tentador reconstruirlo [el argumento del juez Denning] de la siguiente manera:

(1) Para todo  $x$ , si  $x$  es una cláusula de un contrato de transporte que atenúa la responsabilidad del porteador por los daños a las mercancías de forma distinta a la prevista en las Reglas de La Haya-Visby, entonces  $x$  es nula y sin efecto.

(2) La cláusula 2 del conocimiento de embarque expedido por los demandados es una cláusula de un contrato de transporte que atenúa la responsabilidad del porteador por los daños a las mercancías de forma distinta a la prevista en las Reglas de La Haya-Visby.

Por lo tanto (de (1) y (2)),

(3) La cláusula 2 del conocimiento de embarque emitido por los acusados es nula y sin efecto.

(...) Pero no hay razón para atribuir a Denning un compromiso con la verdad de algo parecido a lo que se dice en ... premisa [(1)]. Denning no dice, ni tiene necesidad de decir, y con toda probabilidad no querría decir, que todas las cláusulas que atenúan responsabilidad en contratos de transporte son nulas y sin efecto: todas ellas, independientemente del contexto o de las circunstancias, sin lugar a posibles calificaciones o cláusulas adicionales de ningún tipo

Y más adelante agrega que no excluye que para cualquier conclusión correctamente alcanzada sobre la base de que cierta disposición  $p$  se aplica a un objeto  $x$  pueda haber un principio universal que captura todos y solo aquellos aspectos de  $x$  que son relevantes para esa conclusión,

un principio que *podría* utilizarse para construir una inferencia que se ajustara a un esquema idéntico al del silogismo jurídico. Lo que quiero decir es que nosotros -y los tribunales en particular- no nos comprometemos (de hecho, ni siquiera podría esperarse que lo hiciéramos) con formulaciones de principios de ese tipo como un paso necesario, típico o incluso mínimamente frecuente en nuestro razonamiento o en nuestros argumentos hacia tales conclusiones

Sobre la primera cuestión me parece que es necesario aclarar cuál es el propósito de la teoría del silogismo jurídico. Si lo que se pretendiera fuera reconstruir el proceso mental por el que el juez arriba a la decisión del caso, tendría razón Duarte d'Almeida. Pero, si lo que se pretende es, como creo, mostrar la estructura lógica del razonamiento en que debe fundarse la solución que, de acuerdo con las reglas relevantes, correspondería dar al caso —donde por “razonamiento” no se hace referencia a un proceso mental sino a una relación entre enunciados—, lo que haya estado en la mente del juez es totalmente irrelevante. En ese sentido, es aplicable lo señalado por Bertrand Russell (1973, pp. 87-93). Con relación a su teoría de las descripciones:

Mi teoría de las descripciones nunca pretendió ser un análisis del estado de la mente de aquellos que pronuncian oraciones en las que figuran descripciones (...) a mí me importaba encontrar un pensamiento más exacto y analizado para reemplazar los pensamientos algo confusos que la mayoría de la gente tiene muchas veces en la cabeza.

Las reglas efectivamente aplicadas pueden tener distintas relaciones con las disposiciones que se invocan y pueden aplicarse reglas distintas en diferentes casos con fundamento en las mismas disposiciones, como muestra el siguiente ejemplo:

Tomemos los siguientes artículos de un hipotético código civil:

Artículo *i*: Son nulos los contratos celebrados por personas menores de edad.

Artículo *j*: Son menores de edad quienes no han cumplido 18 años.

En el caso de un contrato celebrado por una persona de 17 años, la regla que fundamentaría la decisión del juez de declararlo nulo es: “son nulos los contratos celebrados por personas de 17 años”, la cual es una consecuencia lógica de los artículos *i* y *j*.

En el caso de un contrato celebrado por una persona de 15 años, la regla que fundamentaría la decisión del juez de declararlo nulo es: “son nulos los contratos celebrados por personas de 15 años”, la cual es distinta de la anterior pero también es consecuencia lógica de los artículos *i* y *j*.

Por último, en el caso de un contrato celebrado por dos personas mayores de edad, una de las cuales tiene un importante retraso madurativo, la



regla que justificaría la decisión del juez para declararlo nulo es: “son nulos los contratos celebrados por personas mayores de edad cuando alguna de ellas tiene un retraso madurativo que la equipara a un menor de edad”, la cual, a diferencia de las anteriores, no es consecuencia lógica de los artículos *i* y *j* sino el producto de una extensión analógica de esas disposiciones.

En los tres supuestos las disposiciones legales que invocaría el juez serían las mismas, pero la reconstrucción racional del argumento requiere usar reglas distintas como premisas. Mostrar esas diferencias, que no siempre son expresadas en las sentencias judiciales, es un aspecto importante del enfoque del deductivista de reglas.

En cuanto a la supuesta necesidad de incluir en el antecedente de la regla utilizada como premisa todas las posibles excepciones y limitaciones, el punto ya fue analizado en el apartado 3.1, al que me remito.

#### 4. Conclusiones

- a) La distinción entre un aspecto inferencial y uno pragmático en la decisión judicial es, en mi opinión, acertada.
- b) Sin embargo, creo que no lo es el tratamiento del aspecto inferencial, ya que no hay una explicación inteligible de la noción de aplicabilidad de una disposición a un caso.
- c) No se presenta ningún criterio para distinguir las decisiones que aplican el derecho de las que no lo aplican.
- d) Los argumentos en que se funda el rechazo de la concepción del deductivista de reglas (silogismo jurídico) no son concluyentes ni se ha propuesto una teoría superadora.

#### Bibliografía

- Alchourrón C. y Bulygin, E. (1971). *Normative Systems*. Viena: Springer-Verlag.
- Carnap, R. (1950). *Logical Foundations of Probability*. Chicago: University of Chicago Press.

- Duarte d'Almeida, L. (2019). On the Legal Syllogism. En D. Plunkett, S. Shapiro y K. Toh (eds), *Dimensions of Normativity: New Essays on Metaethics and Jurisprudence* (pp. 335-364). New York: Oxford University Press.
- Hempel, C. (1979). *La explicación científica*. Buenos Aires: Paidós.
- Lewis, D. (1973). *Counterfactuals*. Oxford: Basil Blackwell.
- Oller, C. (2006). Obligaciones *prima facie* y derrotabilidad. *Análisis Filosófico*, 26(1), 147-155.
- Rodríguez, J. (2012). Against Defeasibility of Legal Rules. En J. Ferrer Beltrán y G.B. Ratti (eds.), *The Logic of Legal Requirements. Essays on Defeasibility* (pp. 102-120). Oxford: Oxford University Press.
- Russell, B. (1973). Sobre la teoría de Strawson acerca del referir. En T. M. Simpson (ed.), *Semántica filosófica: problemas y discusiones* (pp. 87-93), Buenos Aires: Siglo XXI.
- Schauer, F. (2012). Is Defeasibility an Essential Property of Law? En J. Ferrer Beltrán y G. B. Ratti (eds.), *The Logic of Legal Requirements. Essays on Defeasibility* (pp. 90-101), Oxford: Oxford University Press.
- Zuleta, H. (2005). La fundamentación de las sentencias judiciales. Una crítica a la teoría deductivista. *Isonomía*, 23, 59-95.
- Zuleta, H. (2008). *Normas y justificación*. Madrid: Marcial Pons.

## Sentencias

*R v Luffe* (1807) 8 East 193

## Aplicación del derecho y los casos *Noara y Jaffa Cakes* (en diálogo con Luís Duarte d'Almeida)

*The Application of Law and the Noara and Jaffa Cakes cases (A Conversation with Luís Duarte d'Almeida)*

José Juan Moreso\*

*The fact that a law applies to someone always consists in more than a semantic relation; it is not merely that a person falls under some description contained in the law.*

Bernard Williams (1985, p. 191)

Recepción: 30/09/2021

Evaluación: 05/10/2021

Aceptación final: 12/10/2021

**Resumen:** En este trabajo se comentan algunas tesis sobre la aplicación del derecho de Luís Duarte d'Almeida. Dos son las tesis discutidas: 1) Que la concepción deductivista no reconstruye adecuadamente el razonamiento judicial y 2) que en dicho razonamiento basta con establecer que una determinada norma N es aplicable a un caso c. Se intenta mostrar que hay un modo de rescatar la concepción deductivista del razonamiento de los jueces y que dicha concepción contribuye a desvelar lo que significa que una norma N es aplicable a un caso c.

**Palabras clave:** aplicación del derecho, razonamiento judicial, inferencia lógica.

\* Catedrático de Filosofía del Derecho, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, España. Correo electrónico: josejuan.moreso@upf.edu

**Abstract:** In this work some of Luís Duarte d'Almeida's theses on the application of law are commented. Two are the disputed theses: 1) That the deductivist conception does not adequately reconstruct judicial reasoning and 2) that in judicial reasoning it is enough to establish that a certain norm N is applicable to a case c. An attempt is made to show that there is a way to rescue the deductivist conception of judges' reasoning and that this conception contributes to revealing what it means that a norm N is applicable to a case c.

**Keywords:** application of law, judicial reasoning, logical inference.

## 1. Introducción

Luís Duarte d'Almeida anunciaba ya sus heterodoxos puntos de vista sobre la aplicación del derecho en su importante libro (2015) para nuestra noción del razonamiento jurídico, pero su concepción de la aplicación del derecho ha sido desarrollada en dos trabajos seminales (Duarte d'Almeida, 2019, 2021), el segundo de los cuales comentamos en este número de *Discusiones*. En el primero argumenta contra la idea, ampliamente aceptada, de que aplicar el derecho es una operación *deductiva*, que consiste en mostrar que el contenido de la decisión judicial se deriva lógicamente del contenido de una norma aplicable y de una proposición verdadera que describe los hechos del caso, lo que se conoce como *silogismo judicial*. En el segundo, la *pars construens* de su enfoque, presenta su propia concepción.

La capacidad de Luís de diseccionar los problemas y de resolverlos con agudeza y parsimonia es asombrosa. Es mucho lo que aprendemos leyéndole. El modo en que muestra (en Duarte d'Almeida, 2019) las deficiencias y oscuridades en la presentación del modelo deductivista de razonamiento judicial por parte de sus defensores, entre los que se hallan los más perspicuos de los filósofos del derecho, es refrescante y clarificador.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> En castellano hay otro autor, Rafael Hernández Marín (por ejemplo, 2019), que también ha criticado duramente la concepción deductiva del razonamiento judicial. Sus argumentos se solapan de vez en cuando con los de Duarte d'Almeida, pero —según creo— se alejan en lo principal.

En estos comentarios trataré de mostrar, en primer lugar, que un defensor de la concepción tradicional —como yo lo soy—<sup>2</sup> puede resistir las críticas de la *pars destruens* de Luís y, en segundo lugar, trataré también de argüir un modo en el cual el núcleo de la concepción deductiva puede incorporarse a la propia concepción de Luís manteniendo su integridad. Y lo haré valiéndome de dos casos resueltos en sede judicial, uno en España, el caso *Noara*<sup>3</sup> y otro en el Reino Unido, el caso *Jaffa Cakes*.<sup>4</sup>

## 2. El caso *Noara*

Comencemos con el caso *Noara*.<sup>5</sup> *Noara* era un bebé que necesitaba con urgencia un trasplante de hígado, con el riesgo de perder la vida. Entre personas compatibles, el trasplante es posible entre vivos porque solo se precisa una pequeña parte del hígado del donante. Por fortuna, la propia madre de *Noara*, Rocío, era compatible, y —como se puede comprender— deseaba ardientemente ser su donante. Ahora bien, Rocío tenía solo 16 años y el art. 4a) de la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos establece: “la obtención de órganos procedentes de un donante vivo, para su ulterior injerto o implantación en otra persona, podrá realizarse si se cumplen los siguientes requisitos: a) que el donante sea mayor de edad”. Y una más que plausible interpretación de esta norma implica que la donación de un órgano por parte de un menor de edad está prohibida.

El caso *Noara* se resolvió felizmente con el Auto referido en la nota 3, en donde la jueza de Sevilla decidió autorizar el trasplante apelando ana

<sup>2</sup> Y él tiene la amabilidad de reconocermelo en este contexto, refiriéndose como ejemplo de este punto de vista a Moreso y Chilovi (2018, p. 495) en Duarte d’Almeida (2021, p. 365 y nota 2).

<sup>3</sup> Auto (785/07, de dieciocho de octubre) del Juzgado de Primera Instancia de Sevilla n.17. <https://www.rexurga.es/descarga/J%5B1%5D.Primera%20Instancia%20Sevilla%20%28984-07%29.pdf>

<sup>4</sup> United Biscuits (UK) Ltd (No. 2). [1991] BVC 818, 21 August 1991. <https://app.vlex.com/#vid/806616417>

<sup>5</sup> Fue García Figueroa el que nos llamó la atención sobre este caso, usándolo para defender una concepción *principalista* del razonamiento jurídico, según la cual el razonamiento jurídico es una cuestión de principios más bien que de reglas (García Figueroa, 2009, pp. 152-153 y 2012, pp. 126-128).

lógicamente a que, en los supuestos de esterilización, de acuerdo con la legislación y la jurisprudencia, el consentimiento del menor puede suplirse a través de la solicitud del tutor legal (la madre de Rocío en este caso), la conformidad consciente del menor, el informe de especialistas y la intervención del Ministerio Fiscal, que finalizan en una autorización judicial que suple el consentimiento de la menor.

No hay en el texto del Auto argumento ninguno para mostrar que la disposición contenida en el art. 4a) de la Ley 30/1979 deja de ser aplicada, aunque hay una apelación a la analogía de los supuestos de esterilización, pero solo para sostener la necesidad de la autorización judicial en este caso. Sin embargo, la jueza parece suponer que autorizando el trasplante en este caso está aplicando el art. 4 de la Ley 30/1979 a pesar de que Rocío, la donante, es menor de edad.

Y este es el argumento crucial, precisamente, que Luís usa contra la concepción deductivista, el deductivismo de las reglas como prefiere el autor (2019, 337). ¿Cuál podría ser la reconstrucción del argumento en este caso? Algo como:

- (1) Todas las personas mayores de edad, en posesión de sus facultades mentales, debidamente informadas y prestando su consentimiento de manera libre y consciente pueden donar órganos para su injerto o implantación en otra persona.
  - (2) Rocío es una menor de edad, en posesión de sus facultades mentales, debidamente informada y prestando su consentimiento de manera libre y consciente, dispuesta a donar parte de su hígado para ser trasplantado a su hija Noara.
- Por lo tanto, de (1) y (2),
- (3) Rocío está autorizada a donar parte de su hígado a su hija Noara.

Y el problema ahora es obvio:<sup>6</sup> (3) no se deriva de (1) y (2). (1) es una oración universal condicional (algo como “Para toda persona x, tal que x sea F, G y H, entonces X tiene permitido hacer A”), (2) dice algo como

---

<sup>6</sup> Luís usa un caso distinto pero con efectos semejantes, *R v Luffe* (1807) 8 East 193 (Duarte d’Almeida 2019, 351-359).

“n no es F, es G y es H”. Con estas dos premisas es imposible derivar (3). Tenemos un condicional universal, pero en la segunda premisa tenemos una oración que niega el antecedente de (1) y no podemos aplicar, por lo tanto, el *modus ponens*.

Luís explora dos posibles respuestas de los defensores del modelo, consistentes en cambiar la premisa mayor y cambiar la premisa menor respectivamente. Para la primera estrategia, se trataría de excluir la mayoría de edad de la premisa (1) y entonces podríamos obtener (3). En la segunda, en cambio, la premisa menor diría que Rocío es mayor de edad. Según Luís, no es esto lo que suelen hacer los jueces. Si hicieran lo primero no podrían decir que aplican la disposición jurídica en cuestión porque estarían aplicando otra disposición. Si hicieran lo segundo el argumento sería formalmente válido, pero no sería sólido, porque algo como “(2’) Rocío es mayor de edad, en posesión de sus facultades mentales, debidamente informada y prestando su consentimiento de manera libre y consciente, dispuesta a donar parte de su hígado para ser trasplantado a su hija Noara” es falso, Rocío tiene solo 16 años. Luís piensa que esta situación resulta fatal para el deductivismo de las reglas, que se halla en un callejón sin salida, porque no puede, a la vez, sostener que la jueza resolvió (3) y que (3) es una aplicación de la disposición en cuestión *porque* se deriva de (1) y (2).

Suponiendo que he reconstruido bien su forma de razonar, es claro que es un argumento poderoso. El fallo, la parte dispositiva de la sentencia, es el siguiente (los nombres están cambiados en ella para preservar su anonimato):

DEBO AUTORIZAR Y AUTORIZO a Gabriela a la donación de hígado solicitada para su hija Verónica, quedando así suplida su falta de capacidad, integrándose el consentimiento de la misma.

Sin embargo, considero que el razonamiento de la jueza es insuficiente para mostrar lo que desea mostrar. El art. 4 de la Ley, por sí solo, no autoriza a la jueza a suplir la falta de la capacidad de la madre. Creo que la solución es correcta, conforme al derecho español, pero la jueza debería haber razonado de otro modo. Debería haber mostrado que en el derecho español también existe la causa de justificación de estado de necesidad, que está regulada en el art. 20 del Código Penal de este modo:

Están exentos de responsabilidad criminal:

(...)

5.º El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurran los siguientes requisitos:

Primero. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar.

Segundo. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto.

Tercero. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.

Y, a la vista de ello, razonar así: el médico que realice la extracción de la parte del hígado de la madre de Noara y la madre de Noara que lo permite, realizan un acto permitido por el derecho español, a pesar de que infringen un deber, el que impide a los menores de edad ser donantes, dado que se cumplen los tres requisitos del estado de necesidad. Es obvio, me parece, que la muerte de Noara, segura sin el trasplante, es un mal mayor que la infracción del deber del art. 4 de la Ley y también es verdad que dicha situación no ha sido provocada intencionadamente por nadie, y ni el médico, ni Noara, ni la madre de Noara tienen, por su oficio o cargo, la obligación de sacrificarse. Así funcionan siempre las causas de justificación. Y dicho razonamiento puede ser reconstruido deductivamente del siguiente modo:

- (1") Todas las personas mayores de edad, en posesión de sus facultades mentales, debidamente informadas y prestando su consentimiento de manera libre y consciente pueden donar órganos para su injerto o implantación en otra persona.
- (2") Todas las personas están autorizadas a infringir un deber cuando están en estado de necesidad.
- (3") Rocío es una menor de edad, en posesión de sus facultades mentales, debidamente informada y prestando su consentimiento de manera libre y consciente, dispuesta a donar parte de su hígado para ser trasplantado a su hija Noara.
- (4") Rocío está en estado de necesidad, puesto que, si no dona parte de su hígado a Noara, entonces Noara morirá.



Por lo tanto, de (1”), (2”), (3”) y (4”), sí puede deductivamente obtenerse  
(5”) Rocío está autorizada a donar parte de su hígado a su hija Noara.

Caer en la cuenta de que el razonamiento judicial debe considerar todas las normas aplicables a determinada situación es aquí crucial. Es obvio que mi conclusión puede controvertirse, por ejemplo, porque alguien considera que aquí no es de aplicación el estado de necesidad, pero si es —como yo creo— aplicable, entonces debe ser aplicado y el contenido de la decisión se deriva de las premisas.

En la siguiente sección trataré de mostrar que esta concepción puede ser incluida en el enfoque de Luís preservando gran parte de lo que sostiene.

### 3. El caso *Jaffa Cakes*

En 1991, un Tribunal inglés competente para conocer los recursos de apelación sobre decisiones de la administración acerca del impuesto del valor añadido se pronunció sobre (*Value Added Tax Act 1983*) si los dulces *Jaffa Cakes*, elaborados y comercializados por la empresa *McVities*, estaban exentos o no del pago de dicho impuesto. Como mis lectores sabrán, se trata de unos dulces compuestos de un bizcocho relleno de mermelada de naranja (de ahí su nombre que evoca las naranjas de Jaffa) y recubierto por una capa de chocolate negro. La cuestión jurídica surge de la cuestión de si es aplicable o no la cláusula primera de la *Schedule 5* de la ley, que establece que están sujetos al tipo impositivo 0, en su número 1, “Food of a kind used for human consumption”, aunque hay una serie de ítems exceptuados, y aquí es relevante la segunda de las excepciones “Chocolates, sweets and similar confectionery (including drained, glaze or crystallized fruits); and biscuits and other confectionery (not including cakes) wholly or partly covered with chocolate or some product similar in taste and appearance”.

Es una regulación interesante porque muestra cuán a menudo el derecho es una cuestión de excepciones a las excepciones de las excepciones. No cabe duda que los *Jaffa Cakes* son un tipo de alimento usado para el consumo humano, tampoco cabe duda de que está cubierto de chocolate,

lo que lo sujetaría al tipo estándar del IVA, pero (la excepción de la excepción) estaría exento del impuesto si fuese realmente un “cake”, un pastel. O sea, como bien establece el Tribunal, se trata de determinar si estos dulces son pasteles (*cakes*, exentos del IVA) o galletas (*biscuits*, sujetos al IVA). El Tribunal toma en consideración algunas semejanzas de los *Jaffa Cakes* con las galletas, como que son de tamaño más semejante a las galletas, se comen con los dedos como las galletas, se empaquetan como ellas y aparecen en los comercios que las venden agrupados junto con las galletas y no con los pasteles. Hay, sin embargo, otros elementos que las asemejan a los pasteles, cuando pasa el tiempo al igual que los pasteles se ponen duras y reseca, mientras las galletas con el paso del tiempo se ablandan. Es más, para mostrar las semejanzas con los pasteles, la empresa productora elaboró un *Jaffa Cake* grande como un pastel de cumpleaños y lo aportó como prueba. Estos segundos argumentos convencieron en mayor medida al Tribunal que concluyó del siguiente modo:

Generally, I come to the conclusion that Jaffa Cakes have characteristics of cakes, and also characteristics of biscuits or non-cakes. I conclude that they have sufficient characteristics of cakes to qualify as cakes within the meaning of Sch. 5, Grp. 1, item 1. If it be relevant, I also determine that the Jaffa Cakes are not biscuits. I therefore allow the appeal. The appellants are at liberty to make an application in respect of costs. (Appeal allowed)

Voy a usar este ejemplo para explicar algunas ideas de la *pars construens* de Luís.<sup>7</sup> Luís (Duarte d’Almeida, 2021, pp. 361-362) distingue muy convenientemente entre el objeto directo de la aplicación, ¿qué es aquello que se aplica?; el objeto indirecto de dicha aplicación, ¿a qué se aplica? Y, por último, cuál sea el contenido de la aplicación del derecho. Aunque en el trabajo hay relevantes cuestiones acerca de las dos primeras cuestiones: se aplican leyes, disposiciones, reglas, principios, precedentes, costumbres, doctrinas, etc., y sobre la segunda, se dice normalmente que estas pautas se aplican a *casos*, a los hechos del caso particular, se suele decir (y Luís

---

<sup>7</sup> Su ejemplo es la opinión decisiva de Lord Denning en *The Hollandia* (1982) Q.B. 872, pero creo que mi ejemplo también valdrá.

aduce pertinentes consideraciones sobre la ambigüedad de la expresión “caso” en estos contextos), es a la tercera cuestión a la que básicamente está dedicado el trabajo.

En relación con ella, el autor distingue muy convenientemente entre la aplicación *inferencial* del derecho y la aplicación *pragmática* del derecho.

En el caso *Jaffa Cakes*, el objeto directo de la aplicación es la Schedule 5 de la *Value Added Tax Act 1983*, junto con su excepción segunda y el objeto indirecto está referido fundamentalmente a la clasificación de estos dulces o bien como pasteles o bien como galletas. La aplicación inferencial del derecho es un proceso de justificación que cualquiera de nosotros puede realizar y que habitualmente también realizan los jueces, para determinar el contenido del derecho en una cuestión particular. La aplicación pragmática del derecho ya no es una inferencia, sino que es un *acto* que resuelve una cuestión dirimida, un acto que solo puede ser llevado a cabo de manera exitosa por la persona competente para resolverlo, habitualmente un juez o un Tribunal. Al final del fallo del caso *Jaffa Cakes*, se escribe “Appeal Allowed”, que es la consecuencia performativa del acto llevado a cabo por el Tribunal.

Veamos ahora cuál es el proceso inferencial que se llevó a cabo en este caso, de acuerdo con las ideas de Luís:

- (1) Si la Schedule n. 5 de la *Value Added Tax Act 1983* es aplicable a la comercialización de los *Jaffa Cakes*, entonces dichos dulces están sujetos al tipo impositivo 0 del IVA.
  - (2) La Schedule n. 5 de la *Value Added Tax Act 1983* es aplicable a la comercialización de los *Jaffa Cakes*.
- Por lo tanto, de (1) y (2),
- (3) Los *Jaffa Cakes* están sujetos al tipo impositivo 0 del IVA o, lo que es lo mismo, están exentos del pago del IVA.

La premisa (1) no es, como en la concepción deductivista, un enunciado jurídico universal de primer orden. Luís insiste aquí (2021, pp. 365-356) en que el Tribunal no dice ni siquiera que los pasteles están siempre y en todos los casos exentos del impuesto, ni que las galletas están siempre y en todos los casos incluidas. Dice únicamente que los *Jaffa Cakes* son pasteles y que están exentos.

Por otro lado, como Luís bien afirma, los jueces suelen también dar argumentos para justificar su aplicación pragmática, su acto. Un argumento que podría ser reconstruido así:

- (1) Si la Schedule n. 5 de la *Value Added Tax Act 1983* se aplica a la comercialización de los *Jaffa Cakes*, entonces dichos dulces están sujetos al tipo impositivo 0 del IVA.
- (2) La Schedule n. 5 de la *Value Added Tax Act 1983* es aplicable a la comercialización de los *Jaffa Cakes*.

Por lo tanto, de (1) y (2),

- (3) Los *Jaffa Cakes* están sujetos al tipo impositivo 0 del IVA o, lo que es lo mismo, están exentos del pago del IVA.
- (4) Si los *Jaffa Cakes* están sujetos al tipo impositivo 0 del IVA o, lo que es lo mismo, están exentos del pago del IVA, y no hay consideraciones compensatorias (“countervailing considerations” en la versión inglesa), entonces nosotros (es decir, el Tribunal) debemos jurídicamente admitir la apelación.
- (5) No hay consideraciones compensatorias.

Por lo tanto, de (3), (4) y (5),

- (6) Jurídicamente debemos admitir la apelación.

Esto es, el Tribunal muestra que tiene el deber de realizar el acto de admisión de la apelación. No tengo mayores objeciones a esta reconstrucción. Y me referiré, de nuevo, fundamentalmente a la reconstrucción del modelo de razonamiento de la aplicación inferencial del derecho. Sin embargo, no me resisto a hacer notar antes de pasar a ello, aunque no puedo detenerme en este asunto ahora, que la introducción de las “countervailing considerations” en (4) y (5) guarda una analogía con la estrategia que algunos han seguido para tratar de defender algo como una vía intermedia entre el generalismo y el particularismo, como Holton (2002) introduciendo su cláusula “that’s it” o MacKeever y Ridge (2006) añadiendo la premisa “and no other feature of the situation explains why”. Una vía, por cierto, que Luís rechazaba en Duarte d’Almeida, con especial referencia a Holton (2015, pp. 181-183).

Volvamos, entonces, a la aplicación inferencial del derecho. Llamemos al argumento con las premisas (1), (2) y (3), la inferencia jurídica (IJ). Pues bien, ¿cómo se justifica (2), la premisa que dice que una pauta es aplicable a un caso? Y, ¿por qué Luís piensa que no se justifica acudiendo a pautas generales? Creo que la respuesta se halla en estas palabras:

La aplicación del derecho es, en cierto sentido, un asunto particularista. Lo que quiero decir no es que, para cualquier conclusión correctamente alcanzada sobre la base de que una determinada disposición *p* se aplica a un determinado objeto *x*, no exista un principio universal verdadero que capte todos y sólo aquellos aspectos de *x* que son relevantes para esa conclusión —un principio que podría utilizarse para construir una inferencia que se ajustara a un esquema idéntico al del silogismo jurídico. Lo que quiero decir es que nosotros —y los tribunales en particular— no nos comprometemos (de hecho, ni siquiera podría esperarse que lo hiciéramos) con formulaciones de principios de ese tipo como un paso necesario, típico o incluso mínimamente frecuente en nuestro razonamiento o en nuestros argumentos hacia tales conclusiones (Duarte d’Almeida, 2021, p. 369).

Es decir, según Luís, la textura de la aplicación del derecho es particularista, aunque tal vez solo por razones epistémicas, al margen de consideraciones metafísicas y metaéticas. Es en este punto en el que no estoy de acuerdo con Luís. Porque, como dice Josep Raz (1999) discutiendo el particularismo precisamente, “la inteligibilidad (de las razones) depende de la generalidad” (p. 235). Es decir, para que la premisa (2) de IJ, que dice que la pauta contenida en la Schedule n. 5 de la *Value Added Tax Act 1983* es aplicable a la cuestión del pago del IVA en la comercialización de los *Jaffa Cakes*, sea inteligible, es necesario que se apoye en algunas razones que son de carácter general. De no ser así, premisas como (2) son totalmente opacas y no podemos evaluar su adecuación. ¿Cómo puede hacerse esto de modo compatible con el hecho de que hay razones jurídicas a favor y en contra de la aplicabilidad de una pauta y ellas no son fácilmente codificables en fórmulas canónicas universales?

Creo que la solución viene de la mano de lo que a veces se ha denominado un *generalismo contextualista*. Por ejemplo, David Wiggins (2006, p. 352) argumenta del siguiente perspicuo modo:

Let me point out that it is only with the help of contextualism that we have any evident hope of formulating moral judgments that will hold universally and for absolutely all cases (that is, for all cases that fall under description that enter into the question that is under consideration).

En diversos trabajos he tratado de articular una posición de la aplicación del derecho en esta línea (valga por todos, Moreso, 2017). Se reconoce la imposibilidad de generar pautas universales válidas para todos los casos. Sin embargo, es posible generar un universo de casos que incluya el caso en cuestión y un conjunto de propiedades relevantes que permiten formular las pautas aplicables, con carácter general, a dicho universo de casos.<sup>8</sup> Dejo las peculiaridades del modelo para otro momento, porque lo único relevante aquí es que, en mi opinión, hay un modo de hacerse cargo de la objeción de Luís y a la vez mantener la concepción deductivista, la concepción ortodoxa.

#### **4. Para concluir: dos razones a favor de la concepción ortodoxa**

La concepción ortodoxa, que se remonta a Beccaria (1764, 1981), como bien nos recuerda Luís, ha tenido en las últimas décadas egregios representantes, con matices y acentos diversos, es claro.<sup>9</sup> Creo que hay dos buenas asunciones, al menos, que se hallan tras la defensa de la concepción ortodoxa.

La primera es la de que, si la actividad de guiar el comportamiento de los seres humanos mediante órdenes y directivas ha de ser una actividad

<sup>8</sup> Siguiendo de cerca, es claro, la posición de Alchourrón y Bulygin (1971).

<sup>9</sup> Por citar algunos Aarnio (1987), Alchourrón-Bulygin (vd. Bulygin 2015), Alexy (1978), Atienza (2013), Ferrajoli (1989), McCormick (1978), Wróblewski (1974).

racional, entonces presupone que las autoridades que dan las órdenes no solo dan las ordenes que explícitamente comunican a sus destinatarios, sino también aquellas que están implicadas por ellas. Cuando yo le decía, en los años que era pequeña, a mi hija Júlia: “Debes lavarte los dientes todos los días antes de acostarte”, también le ordenaba, implícitamente, “Debes lavarte los dientes los martes antes de acostarte”. Es obvio que hay casos en que esta regla no ha de ser aplicada, por ejemplo, si se halla de excursión, ha perdido su cepillo y la pasta de dientes, y debe recorrer diez kilómetros caminando para conseguir lavárselos. Sería estúpido quien se empeñara en que la regla debe ser cumplida en este caso.

Sea como fuere, los códigos normativos, si son racionales, están clausurados mediante sus consecuencias lógicas. En palabras elegantes de Georg Henrik von Wright:

The derived commands, prohibitions and permissions of a corpus of prescriptions we could say are as much “willed” by the norm-authority as the original commands, prohibitions and permissions in this corpus. The derived norms *are* necessarily in the corpus with the original ones. They are there although they have not been expressly promulgated. Their promulgation is concealed in the promulgation of other prescriptions (1963, pp. 157-158).

Esta idea se enlaza con la que ya apuntaba al final de la sección cuarta, la idea de que justificar una acción, desde el punto de vista normativo, requiere una cierta generalidad, requiere aducir una razón (o un conjunto de ellas) que decisivamente justifican realizar dicha acción en ese contexto. Tal vez no es otra cosa que una manifestación del principio leibniziano de *razón suficiente*, según el cual *Nihil est sine ratione*. En palabras de Alchourrón y Bulygin:

... el ideal de completitud normativa, esto es, la exigencia de que los sistemas normativos sean completos en el sentido de que solucionen todos los casos, presupone que todos los casos son *solucionables*. (...) Decir que todos los casos son solucionables significa que para todo caso hay o es posible construir un sistema normativo tal, que lo correlacione con alguna solución. La hipótesis

de casos no solucionables, es decir, situaciones en las que no hay razones (ni puede haberlas) para elegir tal o cual curso de acción, situaciones en las que toda elección es esencialmente arbitraria, es tan irracional, tan intolerable para la razón, como la idea de fenómenos inexplicables (fenómenos no causados por nada) (1971, pp. 171-172).

Obviamente, ello debe ser compatible con no considerar, como creo que nadie considera ahora, que la aplicación del derecho es una actividad mecánica que puede ser reducida a un algoritmo. Recordemos este pertinente comentario de Wittgenstein (1953, sec. 69) cuando se refiere al parecido de familia y usa los juegos como ejemplo y que, tal vez, está de acuerdo con la sugerencia de Bernard Williams en la cita que abre estos comentarios:

Someone says to me: "Shew the children a game". I teach them gaming with dice, and the other says "I didn't mean that sort of game". Must the exclusion of the game with dice have come before his mind when he gave me the order?

Sea como fuere, los trabajos de Luís Duarte d'Almeida agudizan nuestra visión de los problemas y, como es mi caso, aún si persistimos en defender la concepción ortodoxa, deberemos hacerlo con mayor cuidado, muy atentos a sus objeciones y argumentos.

## Bibliografía

- Aarnio, A. (1987). *The Rational as Reasonable. A Treatise on legal Justification*. Dordrecht: Reidel.
- Alchourrón, C. E. y Bulygin, E. (1971). *Normative Systems*. New York-Wien: Springer.
- Alexy, R. (1978). *Theorie der juristischen Argumentation*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Atienza, M. (2013). *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Trotta.
- Beccaria, C. (1764/1981). *Dei delitti e delle pene*, a cura di F. Venturi, Torino: Einaudi.



- Bulygin, E. (2015). *Essays in Legal Philosophy*. C. Bernal, C. Huerta, T. Mazzarese, J.J. Moreso, P. Navarro y S. Paulson (eds.). Oxford: Oxford University Press.
- Duarte d'Almeida, L. (2015). *Allowing for Exceptions. A Theory of Defences and Defeasibility in Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Duarte d'Almeida, L. (2019). On the Legal Syllogism. En Plunkett, D., Shapiro, S. J., Toth, K. (eds.), *Dimensions of Normativity* (pp. 335-364). Oxford: Oxford University Press.
- Duarte d'Almeida, L. (2021). What Is it to Apply the Law? *Law and Philosophy*, 40, 361-386.
- Ferrajoli, L. (1989). *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*. Roma-Bari: Laterza.
- García Figueroa, A. (2009). *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neconstitucionalista al derecho a través de los derechos*. Madrid: Trotta.
- García Figueroa, A. (2012). Neoconstitucionalismo: dos (o tres) perros para un solo collar. *Doxa*, 34, 117-133.
- Hernández Marín, R. (2019). Sobre el razonamiento principal de una sentencia judicial. *Doxa*, 42, 103-129.
- Holton, R. (2002). Principles and Particularisms. *Proceedings of the Aristotelian Society*, Supplementary Volume 76, 191-210.
- Maccormick, N. (1978). *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press.
- Mackeever, S. y Ridge, M. (2006). *Principled Ethics. Generalism as a Regulative Ideal*. Oxford: Oxford University Press.
- Moreso, J. J. (2017). Moral Complications and Legal Structures. En M. Borowski, S.L. Paulson und J.R. Sieckmann (Hrsg.) *Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie, Robert Alexys System* (pp. 359-374). Tübingen: Mohr Siebeck.
- Moreso, J. J. y Chilovi, S. (2018). Interpretive Arguments and the Application of the Law. En G. Bongiovanni, G. Postema, A. Rotolo, G. Sartor, C. Valentini, C. y D. Walton, (eds), *Handbook of Legal Reasoning and Legal Argumentation* (pp. 495-518). Dordrecht: Springer.
- Raz, J. (1999). The Truth in Particularism. En J. Raz, *Engaging Reason: On the Theory of Value and Action* (pp. 218-246). Oxford: Oxford University Press.

- Von Wright, G. H. (1963). *Norm and Action. A Logical Enquiry*. London: Routledge and Kegan Paul.
- Williams, B. (1985). *Ethics and the Limits of Philosophy*. London: Fontana.
- Wiggins, D. (2006). *Ethics. Twelve Lectures on the Philosophy of Morality*. London: Penguin.
- Wittgenstein, L. (1953). *Philosophical Investigations*. Oxford: Basil Blackwell.
- Wroblewski, J. (1974). Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision. *Rechtstheorie*, 5, 33-46.

## Aplicación del derecho y la justificación de las decisiones judiciales\*

*Law-application and the Justification of Judicial Decisions*

Luís Duarte d'Almeida\*\*

Recepción: 16/11/2021

Evaluación: 20/11/2021

Aceptación final: 02/12/2021

**Resumen:** Este artículo responde a los comentarios y críticas presentados por Hugo Zuleta, María Gabriela Scataglini y José Juan Moreso no solo a “¿Qué es aplicar derecho?”, sino también a un artículo anterior, “On the Legal Syllogism” (“Sobre el silogismo jurídico”). Se discute el deductivismo de reglas y el modelo del silogismo jurídico, y se aclara, defiende y desarrolla el modelo de la aplicabilidad de la justificación de las decisiones judiciales propuesto en “¿Qué es aplicar derecho?”.

**Palabras clave:** silogismo jurídico, deductivismo de reglas, justificación de decisiones judiciales, particularismo, enunciados de segundo orden, aplicabilidad.

**Abstract:** This article replies to the comments and criticisms made by Hugo Zuleta, María Gabriela Scataglini and José Juan Moreso not only to “What Is It to Apply the Law?”, but to a previous related article, “On the Legal Syllogism”. It discusses rule-deductivism and the model of the legal syllogism, and clarifies, defends, and develops the applicability model of

\* Traducción de Sebastián Figueroa. Revisada por el autor.

\*\* Professor of Jurisprudence, Edinburgh Law School, University of Edinburgh, Reino Unido.  
Correo electrónico: luis.duarte.almeida@ed.ac.uk

the justification of law-applying judicial decisions proposed in “What Is It to Apply the Law?”

**Keywords:** legal syllogism, rule-deductivism, law-application, justification of judicial decisions, particularism, second-order claims, applicability.

## 1. Introducción

Quisiera comenzar con una nota personal. Conozco a Gabriela Scataglini, Hugo Zuleta y José Juan Moreso desde hace bastantes años y, de hecho, cuando pienso en los inicios de mi carrera en la filosofía del derecho, pienso también en ellos.

La primera ponencia propiamente dicha que presenté, en el primer congreso internacional al que asistí, fue en el XXII *IVR World Congress on Philosophy of Law and Social Philosophy*, en Granada, en mayo de 2005. Era yo uno de los dos únicos ponentes portugueses (el otro era mi querido profesor José de Sousa e Brito, a quien debo el descubrimiento de la filosofía del derecho). Al no conocer a casi nadie, me sentía un poco perdido entre esos cientos de personas. El primer día, durante el almuerzo, llevaba mi bandeja de comida en busca de una silla libre, y encontré una en una mesa que, por lo demás, ya estaba llena. Y descubrí, para mi placer, que en esa mesa había una serie de personas cuyos nombres reconocía por haber leído y aprendido de trabajos que habían publicado.

Entre el grupo estaba Gabriela; también era su primera conferencia internacional. Gabriela fue, por tanto —junto con Juan Pablo Alonso, del que guardo recuerdos igualmente gratos— una de las primeras colegas internacionales que conocí personalmente y con los que me hice amigo. Gabriela y Juan Pablo tuvieron la amabilidad de asistir a mi ponencia unos días después (yo estaba todavía muy verde, y me encontraba muy nervioso) y aún recuerdo sus útiles y generosos comentarios (así como la noche que siguió: también era mi cumpleaños).

Luego, gracias a ese encuentro casual, me invitaron a visitar Buenos Aires en 2006 para presentar otra ponencia en el famoso seminario que Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin habían iniciado décadas atrás. Y fue entonces cuando conocí a Hugo (y a Eugenio). Aquel fue el primero

de varios viajes a Argentina, y he tenido la suerte de mantener muchas discusiones estimulantes (y de disfrutar de varias cenas excelentes) tanto con Gabriela como con Hugo (y con Juan Pablo) a lo largo de los años.

En cuanto a ese primer trabajo mío, el editor del volumen de *ARSP: Beihefte* en el que se publicó fue José Juan. Y desde entonces, también he estado con él en muchos contextos (y países; y excelentes cenas también), y siempre me he beneficiado mucho de sus comentarios, consejos y contagiosa afabilidad.

Así que verme ahora, más de 15 años después de aquellos primeros encuentros, en la envidiable posición de ser el destinatario de los incisivos y provocadores comentarios de Gabriela, Hugo y José Juan es para mí una fuente no solo de satisfacción profesional sino también de alegría personal. Les agradezco mucho que se hayan tomado la tarea de discutir mi trabajo. Y espero que encuentren que mis respuestas han hecho justicia a sus comentarios. Ciertamente, me han hecho trabajar bastante.

Estoy muy agradecido también a Sebastián Figueroa (un amigo más reciente, pero un compañero igualmente apreciado tanto de debates filosóficos como de cenas no filosóficas; a los filósofos del derecho, al menos a los de países latinos, nos gusta cenar bien) por promover este intercambio sobre mi trabajo y por traducir cuidadosamente mis artículos; y a Federico Arena, por acogerlo en *Discusiones*.

Y ahora, discutamos.

## 2. Respuesta a Hugo Zuleta

Zuleta dedica la mayor parte de su comentario a discutir, no el artículo que aparece en el presente número de *Discusiones*, sino un artículo mío anterior, “On the Legal Syllogism” (Duarte d’Almeida, 2019). En ese trabajo, como señala Zuleta, definiendo puntos de vista que “¿Qué es aplicar derecho?” (Duarte d’Almeida, 2021) presupone o desarrolla. Y, en efecto, los dos artículos pueden verse como piezas complementarias. (Como dice José Juan Moreso en su comentario, el primero aporta la *pars destruens*, el segundo la *pars construens*). Por lo tanto, me complace tener la oportunidad de discutir también ese artículo anterior. Así que empezaré por

abordar lo que dice Zuleta al respecto, antes de pasar a sus observaciones sobre “¿Qué es aplicar derecho?”.

Sin embargo, debo comenzar dando a los lectores de *Discusiones* una rápida visión general de algunas de las ideas que defiendo en “On the Legal Syllogism”. Esto importa en parte porque esa obra no está incluida en este volumen de *Discusiones*, y porque fue publicada solo en inglés. Pero importa también, y principalmente, porque hay puntos importantes que hago explícitamente en “On the Legal Syllogism” que tienen que ver directamente con las observaciones críticas que hace Zuleta, pero que este no menciona.

## 2.1. Tres características del deductivismo de reglas

Mi objetivo en “On the Legal Syllogism” era poner al descubierto las deficiencias de una concepción muy popular sobre la justificación de las decisiones judiciales que aplican derecho. Según esa concepción, cuando un tribunal aplica el derecho, la justificación de su decisión puede reconstruirse como un argumento deductivo cuyas premisas son (a) un enunciado de una regla jurídica y (b) un enunciado de los hechos relevantes de un caso concreto; y cuya conclusión afirma la respectiva consecuencia en ese caso concreto. Esto es lo que comúnmente se denomina “silogismo jurídico” (o “silogismo judicial”). Y la opinión de que la justificación de las decisiones judiciales que aplican derecho se reconstruye adecuadamente como un silogismo jurídico es lo que llamo “deductivismo de reglas”. El deductivismo de reglas es ampliamente adoptado en la teoría jurídica contemporánea.

En ese artículo sostengo que el deductivismo de reglas es una concepción errónea, pero no sin antes explicar cuidadosamente cómo debe entenderse exactamente esa concepción —ya que incluso sus defensores no suelen tenerlo del todo claro—. <sup>1</sup> Y entre las diversas características del deductivismo de reglas que me ocupo de destacar y explicar, hay tres que me gustaría mencionar ahora.

---

<sup>1</sup> La parte II de mi artículo, en la que presento mi caracterización del deductivismo de reglas, ocupa casi un tercio de todo el texto: véase Duarte d'Almeida (2019, pp. 337-345).

En primer lugar, el deductivismo de reglas se ocupa de la *justificación* argumentativa de las decisiones judiciales que aplican derecho, no del proceso mental de razonar por el que se llega a esas decisiones. El punto se plantea a menudo —como digo explícitamente en mi artículo (Duarte d’Almeida, 2019, p. 341)— en términos de la distinción (importada de la filosofía de la ciencia) entre justificación y descubrimiento. El deductivismo de reglas no tiene nada que decir sobre el “proceso habitual o los hábitos de pensamiento por los que los jueces realmente llegan a sus decisiones”, como escribe H. L. A. Hart (que también era un deductivista de reglas). Esas son cuestiones de “psicología descriptiva”; el deductivismo de reglas se refiere en cambio a “la evaluación o justificación de las decisiones”.<sup>2</sup>

En segundo lugar, el deductivismo de reglas es, más precisamente, un planteamiento sobre el contenido y la estructura lógica de los argumentos que los tribunales suelen dar cuando justifican sus decisiones que aplican el derecho. Esto tiene tres implicaciones importantes. La primera es que los deductivistas de reglas *no* afirman que los jueces, en las justificaciones escritas que normalmente dan de las decisiones que aplican derecho, de hecho, *ofrecen* silogismos jurídicos. Lo que los deductivistas de reglas afirman, como también explico en mi artículo, es que los argumentos que los jueces de hecho ofrecen pueden *reconstruirse* como instancias de silogismos jurídicos (Duarte d’Almeida, 2019, pp. 339-340).

Pero —y esta es la segunda implicación— hay criterios para lo que puede contar como buena reconstrucción de un argumento, y uno de esos criterios (que impone una restricción de “ajuste”, de “*fit*”) es que la reconstrucción capte el argumento que realmente fue dado por la persona que lo presentó. Y la tercera implicación es que cualquiera que ofrezca una reconstrucción de un argumento tiene que sostener que la persona que lo presentó está comprometida, aunque solo implícitamente, con la verdad de las premisas (y de la conclusión) del argumento *tal y como aparecen en la reconstrucción*.

En otras palabras, quien ofrece una reconstrucción de un argumento tiene que sostener que las premisas, tal y como aparecen en la reconstrucción, son afirmaciones que es plausible atribuir a quien presentó el

---

<sup>2</sup> Véase: Hart (1967, p. 105). Respecto del compromiso de Hart con el deductivismo de reglas, véase también, por ejemplo, Hart (1955, pp. 239-264) y Hart (2012, pp. 126-127).

argumento como afirmaciones que esa persona *sostiene* y en las que basa argumentativamente su conclusión. (Esto no supone que quien presentó el argumento haya formulado explícitamente tales afirmaciones en la forma que aparecen en la reconstrucción; muchos argumentos, si no la mayoría, se ofrecen informalmente en forma entimemática). Los deductivistas de reglas sostienen, por lo tanto, que las premisas y la conclusión en el silogismo jurídico son afirmaciones que los jueces que aplican derecho de hecho sostienen, o con las que están comprometidos.

Y el tercer rasgo importante del deductivismo de reglas es que el silogismo jurídico no pretende ser una reconstrucción *completa* de la estructura argumentativa de las decisiones judiciales que aplican derecho (Duarte d'Almeida, 2019, pp. 341-342). De hecho, los deductivistas de reglas suelen señalar que cada una de las premisas del silogismo jurídico necesita (por supuesto) una justificación adicional, y que los jueces con frecuencia (e incluso típicamente) dan argumentos para apoyarlas. El silogismo jurídico, sostienen los deductivistas de reglas, reconstruye solo el último eslabón lógico de la cadena argumentativa (Duarte d'Almeida, 2019, p. 342).

Mi principal razón para mencionar estas tres características es que me parece que, en general, están ausentes de la forma en que el propio Zuleta presenta y concibe el deductivismo de reglas —y por lo tanto ausentes también de lo que él sugiere a sus lectores que yo considero que es el deductivismo de reglas—. Esta ausencia subyace a, y socava, como veremos, algunos de sus comentarios críticos sobre mis puntos de vista.

Zuleta dice que las “principales objeciones” que presento contra el deductivismo de reglas son que (a) “no reconstruye adecuadamente la práctica judicial” y que (b) “el silogismo jurídico no expresa que la regla formulada en las premisas se aplica al caso a resolver” (Zuleta, 2021, sección 3). Esto último lo considera, en efecto, “el principal problema” que encuentro en el silogismo jurídico: “que en ningún lugar [del silogismo jurídico] se dice que la disposición legal se aplica al caso en consideración” (Zuleta, 2021, sección 1). Esto, como veremos (en la sección 2.7), no es completamente correcto. Pero Zuleta dedica la mayor parte de su tiempo a intentar refutar la primera objeción.

Sus intentos de refutación, sin embargo, fracasan. También veremos por qué.



## 2.2. El deductivismo de reglas y la práctica judicial

Como señala Zuleta, yo creo que el deductivismo de reglas atribuye injustificadamente a los jueces un compromiso con afirmaciones del tipo de las que figuran como la premisa jurídica general del silogismo jurídico.

¿Por qué digo que el deductivismo de reglas atribuye tal compromiso a los jueces? Porque, como he explicado en la sección anterior, el silogismo jurídico pretende proporcionar una reconstrucción satisfactoria de los argumentos que los tribunales dan para justificar decisiones que aplican derecho. Ahora bien, el silogismo jurídico incluye, como premisa, el enunciado de una regla jurídica universal. Y ninguna reconstrucción de un argumento tiene éxito si los elementos que lo componen —sus premisas y su conclusión— son afirmaciones que no es plausible considerar que la persona que ofrece el argumento toma como verdaderas. Por lo tanto, el deductivismo de reglas debe sostener que los jueces sí toman tales enunciados de reglas universales como verdaderos.

Pero esta atribución, sostengo, simplemente no es plausible. ¿Por qué no? Hay varias razones.

La primera es que los jueces, típicamente, *de hecho* no se comprometen con tales enunciados como premisas en sus argumentos. Esto lo confirma la propia práctica judicial. Y, en efecto, ¿por qué *habrían* de comprometerse con tales enunciados universales? Para sostener como verdadera una afirmación de ese tipo, uno necesita estar seguro de que la regla enunciada vale *pase lo que pase*. Es decir, uno tiene que estar seguro de que la consecuencia especificada vale para *cualquier* caso que satisfaga el antecedente de la regla: que la formulación de la regla no es sobre-incluyente. Pero los jueces no necesitan sostener eso para cumplir con su tarea —la tarea de decidir el caso concreto en cuestión—.

Lo que los jueces necesitan es sostener que el caso concreto en cuestión es tal que la disposición relevante se aplica a él. Esto, claro, significa —como señalo en “On the Legal Syllogism”— que los jueces están racionalmente comprometidos con la idea de que la disposición se aplica también a *cualquier* otro caso que sea similar en todos los aspectos relevantes al caso en cuestión. Las decisiones judiciales, en otras palabras, se asientan sobre bases universalizables (Duarte d’Almeida 2019, p. 357). Pero esto no quiere

decir que los jueces tengan que formarse (y mucho menos presentar) una opinión sobre cuales son *exactamente* los aspectos relevantes del caso en cuestión —que es lo que tendrían que hacer para comprometerse con formulaciones de reglas universales—.

Y no se trata simplemente de que los jueces no formulen a menudo tales enunciados. Cuando de hecho se aventuran a dar formulaciones de reglas, como ocurre a veces, suelen dejar claro que consideran sus formulaciones como meras aproximaciones tentativas de la regla pertinente. Y para más evidencia de que tales formulaciones no se presentan como enunciados verdaderos de reglas universales, podemos observar cómo reaccionan a ellas *otros* tribunales. Esto es así incluso en jurisdicciones en las que los tribunales están obligados a seguir los precedentes: no es la función de un juez “presentar definiciones o formular reglas de manera rígida”, dice Lord Reid en *Cassel v Broome*; y cuando se aventuran a ofrecer formulaciones de reglas, “mucho de lo que dicen pretende ser ilustrativo o explicativo y no definitivo”.<sup>3</sup>

Y esto, después de todo, es de esperar. Así suele proceder nuestro razonamiento práctico: no *desde* principios precisamente articulados *hacia* juicios normativos particulares, sino desde juicios particulares hacia articulaciones tentativas de los principios que los justificarían. Además (como ilustra el trabajo filosófico contemporáneo sobre ética práctica), el proceso de intentar articular formulaciones rigurosas de los principios que justifican nuestros juicios normativos particulares es un proceso difícil. Requiere que constantemente pongamos a prueba y revisemos, frente a una serie de contraejemplos, muchas formulaciones posibles de reglas o principios. Y eso, de nuevo, es algo que los jueces ni siquiera intentan hacer.

Como dice Simpson, el hecho de que un juez deba, en cierto sentido, tener “en mente” una regla cuando “decide actuar” no significa que “deba tener en mente una formulación precisa de una regla; una persona puede

<sup>3</sup> *Cassell & Co Ltd v Broome* [1972] 2 WLR 645 at 681-2. Véase también Simpson, 1961. Este indica: “Incluso cuando un juez pone un cuidado especial en formular una regla con exactitud y precisión, no solemos tratar dicha formulación del mismo modo que un artículo de una ley, ya que la prerrogativa de los jueces no es conferir fuerza vinculante a una regla formulándola [...] sino más bien decidir los casos actuando en base a las reglas, sin fijar para el futuro la forma verbal de la regla sobre la base de una única aplicación de la misma” (Simpson, 1961, p. 162).

actuar en base a una regla sin pensar en cómo redactarla” (Simpson, 1961, p. 162). Y la cuestión, nótese, no es simplemente una cuestión de *razonamiento*. Se traslada al ámbito de la justificación. Y eso es porque nuestros juicios normativos particulares no son ni irracionales ni incapaces de ser defendidos argumentativamente en ausencia de tales formulaciones de reglas precisas. La cuestión, por tanto, es también que es posible *argumentar* a favor de tales juicios particulares —justificarlos satisfactoriamente— sin tener que explicitar y tomar por verdaderos enunciados precisos de reglas universales.<sup>4</sup>

Digo todo esto para aclarar mi tesis de que el deductivismo de reglas y el modelo del silogismo jurídico no corresponden a la práctica real de los tribunales. Todos estos puntos ya los había expuesto en “On the Legal Syllogism”; pero necesitaba hacerlo aquí también, porque Zuleta no se ocupa de ellos. Zuleta interpreta mi punto de vista de una manera muy diferente —lo malinterpreta, en realidad— y me atribuye (y luego trata de refutar) un argumento que yo no he presentado, ni adoptaría.

Empezaré a discutir sus objeciones en la sección 2.4. Antes de hacerlo, sin embargo, todavía es necesaria una breve nota sobre la distinción — que propuse en “¿Qué es aplicar derecho?”— entre aplicación inferencial y aplicación pragmática del derecho. Es una distinción con la que Zuleta está de acuerdo (Zuleta, 2021, sección 6). Pero dado que Zuleta se basa en ella (erróneamente, creo) para criticar mi propia afirmación de que el deductivismo de reglas no da cuenta de la práctica judicial, es importante que aclare los aspectos cruciales de la distinción. Y también será útil a las lectoras y a los lectores de estas respuestas tener ahora visibles ante sí los esquemas que propuse.

### 2.3. Aplicación inferencial y aplicación pragmática del derecho

Así es como propongo definir a la aplicación inferencial del derecho:

---

<sup>4</sup> Regresaré a este tema, en la sección 4.2, al responder a los comentarios de José Juan Moreso.

Aplicar inferencialmente una disposición  $p$  a un determinado objeto  $x$  es razonar hacia una conclusión  $c$  respecto de  $x$  sobre la base de que (a)  $p$  se aplica a  $x$ , y (b) se aplica a  $x$ , entonces  $c$  es jurídicamente verdadera.

Mientras que mi definición de la aplicación pragmática del derecho es la siguiente:

Aplicar pragmáticamente una disposición  $p$  es realizar una acción  $\varphi$  tal que:

- (a) el agente considera que  $\varphi$  es una acción que o bien (a1) debe (todo considerado) jurídicamente realizar, o bien al menos (a2) le está jurídicamente permitido realizar (en el sentido de que no es el caso de que, todo considerado, *no* deba jurídicamente realizarla);
- (b) el agente considera que el juicio de deber relevante —es decir, (a1) o (a2)— se apoya en la conclusión de la aplicación inferencial de  $p$  a un determinado objeto  $x$ ; y
- (c) realizando  $\varphi$ , el agente pretende estar resolviendo autoritativamente una determinada cuestión o controversia.

Y abajo doy lo que considero el esquema de la estructura de la justificación de las decisiones judiciales que aplican derecho. No es un esquema que ofrezca explícitamente en mi artículo, pero corresponde a la reconstrucción que allí presenté del argumento de Lord Denning en *The Holland* (y Zuleta ofrece un esquema idéntico al final de la sección 2 de su comentario):

- (1) Si la disposición  $p$  se aplica a  $x$ , entonces  $c$ .
  - (2) La disposición  $p$  se aplica a  $x$ .
- Por lo tanto (de (1) y (2)),
- (3)  $c$ .
  - (4) Si  $c$ , y no hay consideraciones compensatorias [i.e. consideraciones de igual o mayor fuerza en sentido contrario], entonces, todo considerado, este tribunal debe jurídicamente (o no es el caso que no deba jurídicamente)  $\varphi$ .

(5) No hay consideraciones compensatorias.

Por lo tanto (de (3), (4) y (5))

(6) Todo considerado, este tribunal debe jurídicamente (o no es el caso que no deba jurídicamente)  $\phi$ .

Es la estructura de un argumento complejo: una cadena de dos argumentos, el primero (de (1) y (2) hacia (3)) correspondiente a la aplicación inferencial del derecho, el segundo (de (3), (4) y (5) hacia (6)) a la aplicación pragmática del derecho. Utilizo “*p*” para representar la disposición que se aplica, “*x*” para el objeto directo de la aplicación (es decir, aquello a lo que se aplica la disposición), “*c*” para el enunciado que el tribunal considera verdadero como cuestión de derecho, y “ $\phi$ ” para la decisión relevante.

## 2.4. Zuleta sobre reglas universales y el compromiso de los jueces hacia ellas

Zuleta está de acuerdo conmigo, como ya he mencionado, en que debemos distinguir entre aplicación inferencial y aplicación pragmática del derecho (Zuleta, 2021, sección 6). Pero Zuleta piensa que la distinción puede a su vez servir para responder a mi afirmación de que no tenemos motivos para atribuir a los jueces un compromiso con enunciados de reglas universales como premisas de sus argumentos.

Así es como Zuleta ve las cosas. Hay una diferencia, dice, entre la identificación de las reglas jurídicas relevantes —lo que implica identificar las condiciones que aparecen en sus antecedentes— y la identificación de las condiciones de las que depende su aplicación. La identificación de una regla jurídica tiene en cuenta cualquier excepción “intrasistémica” relevante (es decir, cualquier “circunstancia derrotante” que esté “contemplada en otras normas del mismo sistema jurídico”) (Zuleta, 2021, sección 3.1). Dado que estas excepciones pueden ser, “en teoría” al menos, “identificadas exhaustivamente”, la “ausencia de tales circunstancias” puede incorporarse “al antecedente de la regla” (Zuleta, 2021, sección 3.1).

Una regla cuyo antecedente es satisfecho por los hechos de un caso es, para Zuleta, *aplicable* a ese caso. Pero el hecho de que una regla sea aplica-

ble a un caso le da al tribunal, dice Zuleta, solo “una razón para decidir [el caso] de acuerdo con lo que la disposición establece”. Y esta razón puede bien ser derrotada, porque las reglas jurídicas pueden también estar sujetas a excepciones “extra-sistémicas” (es decir, a “circunstancias derrotantes” que provengan de “normas de otros sistemas, como la moral, por ejemplo”) (Zuleta, 2021, sección 3.1). Tales excepciones extra-sistémicas pueden surgir, y ser relevantes, en el momento de la aplicación, y proporcionar “consideraciones compensatorias” de mayor peso que, todo considerado, justificarán la *no* aplicación de la regla jurídica aplicable.

Así, aunque las excepciones extra-sistémicas no tienen que ver con la “cuestión teórica” de cómo identificar la regla jurídica relevante, sí tienen que ver con la “cuestión práctica” de si una regla aplicable debe ser aplicada. Y Zuleta considera que este último punto también lo hago yo, o al menos que puedo estar de acuerdo con él, dado que en mi propia propuesta señalo —como pone de manifiesto el esquema que presenté al final de la sección 2.3— que la aplicación pragmática de una disposición depende de la ausencia de consideraciones compensatorias.

“Con esto en mente”, sin embargo, dice Zuleta, se puede demostrar que es falsa mi tesis de que el planteamiento de los deductivistas de reglas de que los tribunales se basan en reglas universales como premisas en sus argumentos implica atribuir a los tribunales “el compromiso de resolver de la misma manera siempre que se cumplan los supuestos descritos en el antecedente de la regla”,

ya que la decisión que en definitiva se adopta en cada circunstancia pertenece al ámbito de la aplicación pragmática, como el mismo Duarte d'Almeida advierte acertadamente, no al de la determinación de la solución que prescribe la norma, que correspondería a la etapa inferencial (Zuleta, 2021, sección 3.1).

“En otras palabras”, escribe,

el hecho de que pueda reconstruirse racionalmente la decisión de un juez como derivada de una regla general nada dice sobre la regla que va a aplicar ese mismo juez la siguiente vez que tenga que

decidir en un caso que reúna las características contempladas en el antecedente de la regla (Zuleta, 2021, sección 3.1).

Pero esto no es ni riguroso ni correcto.

En primer lugar, un punto menor, pero importante. No hay conexión directa entre la noción de “consideraciones compensatorias” tal y como la utilizo, y el tema de la derrotabilidad —y mucho menos con la noción de derrotabilidad “extra-sistémica” (que se refiere, como hemos visto, a “circunstancias derrotantes” extra-jurídicas que “proviene” de “normas de otros sistemas, como la moral, por ejemplo”) (Zuleta, 2021, sección 3.1)—. Una consideración compensatoria —es decir, una consideración de igual o mayor fuerza en sentido contrario— no es lo mismo que una excepción o circunstancia derrotante. Además, tampoco creo —y no lo sugiero en mi artículo— que las consideraciones compensatorias que puedan afectar al resultado de la aplicación pragmática del derecho deban ser consideraciones no jurídicas, o “extra-jurídicas”. Zuleta dice a sus lectores que la noción de derrotabilidad “aparece” (Zuleta, 2021, sección 3.1) en mi propuesta tanto en el nivel de la aplicación inferencial del derecho como en el de la aplicación pragmática del derecho, pero no es así: la noción de derrotabilidad está completamente ausente de cualquiera de mis artículos, y no me amparo en ella.<sup>5</sup>

Pero, en segundo lugar, un punto más importante. Mi postura *no* es que si consideramos —como los deductivistas de reglas— que los jueces están comprometidos con enunciados de reglas universales, les estemos atribuyendo “el compromiso de resolver de la misma manera siempre que se cumplan los supuestos descritos en el antecedente de la regla.” (Zuleta, 2021, sección 3.1). Lo que afirmo no se refiere a lo que los jueces se comprometen a *decidir* en la fase pragmática de aplicación del derecho. Esto lo digo claramente también. En la sección III de “On the Legal Syllogism”, de hecho, explico por qué *no* es plausible interpretar al silogismo jurídico como modelo de justificación de *decisiones* (Duarte d’Almeida, 2019, pp. 346-350). Más bien, como explico en la sección IV de ese artículo, el silo-

---

<sup>5</sup> He discutido ampliamente la noción de derrotabilidad en mi libro *Allowing for Exceptions: A Theory of Defences and Defeasibility in Law* (Duarte d’Almeida, 2015a).

gismo jurídico es un modelo de justificación de las *proposiciones jurídicas particulares* que los jueces toman como verdaderas sobre la base de que una regla (como dirían los deductivistas de reglas) se aplica a un objeto en particular (Duarte d'Almeida, 2019, pp. 350-359). En otras palabras, lo que el silogismo jurídico intenta (pero no logra) modelar es lo que yo llamo aplicación inferencial del derecho. Y explico también que la conclusión relevante —la proposición jurídica particular relevante— no se correlaciona invariablemente con la misma *decisión* en cualquier caso posible.

Por lo tanto, mi punto sobre universalizabilidad no es en absoluto un punto sobre la aplicación pragmática del derecho. Es un punto sobre la aplicación inferencial del derecho. Y el punto es simplemente que, si tomamos a los jueces como comprometidos con tales enunciados de reglas universales, les estamos atribuyendo un compromiso con enunciados que (como expliqué en la sección 2.2) no es plausible considerar que tomen como verdaderos.

Al final de su artículo, Zuleta vuelve a lo que él llama mi “rechazo de reglas universales” para hacer la siguiente observación:

[M]e parece que es necesario aclarar cuál es el propósito de la teoría del silogismo jurídico. Si lo que se pretendiera fuera reconstruir el proceso mental por el que el juez arriba a la decisión del caso, tendría razón Duarte d'Almeida. Pero, si lo que se pretende es, como creo, mostrar la estructura lógica del razonamiento en que debe fundarse la solución que, de acuerdo con las reglas relevantes, correspondería dar al caso —donde por “razonamiento” no se hace referencia a un proceso mental sino a una relación entre enunciados— lo que haya estado en la mente del juez es totalmente irrelevante (Zuleta, 2021, sección 5).

Supongo que es ahora evidente que esto no da en el blanco. En primer lugar, soy suficientemente claro en mi artículo (como ya mencioné en la sección 2.1) en que lo que considero que el silogismo jurídico intenta modelar *no* es “el proceso mental por el que el juez arriba a la decisión del caso”, sino más bien la estructura lógica de la justificación de las decisiones que aplican derecho. Pero, en segundo lugar, dado que el silogismo jurídico pretende reconstruir adecuadamente los argumentos que los tribunales



que aplican derecho suelen dar para justificar tales decisiones, “lo que haya estado en la mente del juez” tampoco puede ser “*totalmente* irrelevante”, ya que si un determinado enunciado nunca pasó por la mente de un juez, y si no es un enunciado con el que pueda decirse que el juez se ha comprometido (aunque solo racionalmente) sobre la base de lo que sí pasó por su mente y de lo que dijo, entonces no puede figurar plausiblemente como premisa en una reconstrucción correcta de su argumentación.

## 2.5. Zuleta sobre como reconstruir el argumento relevante

Como parte de su discusión sobre el papel de las reglas universales, Zuleta ofrece en un dado momento una sugerencia, que también me gustaría discutir, sobre cómo reconstruir los argumentos judiciales relevantes. Expone su punto de vista de forma tentativa:

pienso que tal vez no sea necesario, a los fines de explicar el fundamento de una sentencia, que se formule completamente la regla tomada como premisa, sino que sería suficiente con mencionar aquellas propiedades que son relevantes para la subsunción del caso en consideración (Zuleta, 2021, sección 3.1).

Para ilustrar lo que quiere decir, considera dos disposiciones hipotéticas:

Artículo *k*: Será penado con prisión de 8 a 25 años quien mate a otro/a.

Artículo *l*: No es punible quien mata a otro/a para defender su propia vida.

Si Pedro mata a Juan sin haber actuado en defensa propia, dice Zuleta, “la regla que justifica la condena de Pedro no requiere incluir en el antecedente la condición de que no haya matado en defensa propia, ya que la cuestión ni siquiera se planteó” (Zuleta, 2021, sección 3.1). El juez habrá aplicado “la regla: si alguien mata a otro[/a] debe ser condenado a prisión de 8 a 25 años”. “Es cierto”, continúa Zuleta,

que si absuelve [un] acusado que mató en defensa de la propia vida el juez está interpretando que el artículo *l* introduce una excepción a la regla derivada del artículo *k*, pero pienso que no era necesario mencionar la excepción al fundar lo resuelto en el primer caso (Zuleta, 2021, sección 3.1).

El punto de Zuleta es que “el hecho que el artículo *k* tenga excepciones” es irrelevante, y no necesita ser mencionado, si “se trata de reconstruir el argumento en que se funda una decisión particular”.

Creo que Zuleta tiene razón al presentar esta sugerencia solo de forma tentativa. No veo que pueda ser correcta. Y esto es porque, de nuevo, cualquier premisa que aparezca en la reconstrucción de un argumento es una premisa que consideramos que la persona que presentó el argumento tomó como verdadera. Pero en el escenario que describe Zuleta es manifiestamente falso que “si alguien mata a otro[/a] debe ser condenado a prisión de 8 a 25 años”, si en efecto este enunciado de la norma debe interpretarse como especificando, en su antecedente, una condición suficiente del consecuente. Y eso significa que tal enunciado *no* es uno que podamos plausiblemente atribuir al tribunal como afirmación que el tribunal haya tomado como verdadera. Como dijo Glanville Williams, “una regla que está sujeta a una excepción es solo parcialmente verdadera si se enuncia sin la excepción” (Williams, 1988, p. 278).

Y si, por otro lado, Zuleta quiere decir que tal enunciado *no* debe entenderse como especificando una condición suficiente, sino de alguna otra manera —aunque nunca sugiere que sea esto lo quiere decir— entonces el argumento resultante ya no es, por supuesto, una instancia del silogismo jurídico; y queda por explicar cómo se desarrollaría la inferencia.<sup>6</sup>

<sup>6</sup> Es cierto que la idea que motiva la sugerencia de Zuleta es intuitiva e incluso popular: es la idea de que los jueces no necesitan preocuparse por las excepciones en los casos en los que de hecho no se plantea ninguna excepción (es decir, que las excepciones importan solo en los casos en los que “la cuestión [...] se planteó”). Pero es solamente una idea pre-teórica y poco rigurosa y que no es fácil de articular con precisión. Lo he discutido también en Duarte d'Almeida, 2015a, pp. 162-168.

## 2.6. Zuleta sobre el caso *Luffe*

En “On the Legal Syllogism”, discuto el caso *R v Luffe*.<sup>7</sup> Zuleta ofrece un útil resumen de este caso:

Se trata de una apelación en la que se discutía la competencia de los jueces de paz de cierto distrito para emitir una orden de filiación con relación al hijo adulterino de una mujer casada sobre la base de una disposición cuyo texto se refería a mujeres solteras. Para rechazar la apelación del demandado el tribunal argumentó que, a los fines de la disposición legal, merecía igual tratamiento el hijo adulterino que el nacido de una mujer soltera (Zuleta, 2021, sección 3.1).

Así es; y lo relevante es que al decidir en contra del recurrente el tribunal *aplicó* esa disposición. El caso *Luffe* es, escribí, “un ejemplo de una sentencia judicial real” que aplica derecho, pero “que la representación propuesta por el deductivismo de reglas es claramente incapaz de captar” (Duarte d’Almeida, 2019, p. 351).

Zuleta no considera que esto suponga ningún reto para el deductivismo de reglas. Da dos argumentos. El primero se refiere específicamente al caso *Luffe*. Zuleta no ve, dice, “qué razón puede haber para asegurar” que la disposición legal relevante fue efectivamente aplicada por el tribunal, “aparte del hecho de que fue esa la disposición mencionada en el fallo” (Zuleta, 2021, sección 3.1). Y yo mismo afirmo explícitamente, como señala Zuleta, que no creo que “cada vez que un tribunal afirma que aplica una disposición, se sigue de ello que nos encontramos ante una instancia de aplicación de esa disposición” (Duarte d’Almeida, 2019, p. 354). Pero entonces necesitamos saber “qué otros elementos deberíamos tener en cuenta para decidir la cuestión” (Zuleta, 2021, sección 3.1), y esto, dice Zuleta, es algo que yo no proporciono. De hecho, este es un punto que repite como una de sus principales conclusiones: que en mis artículos “no se presenta ningún criterio para distinguir las decisiones que aplican el derecho de las que no lo aplican” (Zuleta, 2021, sección 6).

<sup>7</sup> Véase *R v Luffe* (1807) 8 East 193; Duarte d’Almeida (2019, sección 4).

Pienso que Zuleta se equivoca en todos los aspectos relevantes. Consideremos, en primer lugar, que, a diferencia de lo que afirma Zuleta, sí tenemos buenas razones para pensar en *Luffe* como un ejemplo de decisión que aplica derecho. ¿Cuáles son estas razones? En primer lugar, el hecho de que un tribunal lo diga *es* una de esas razones. Sostener, como hago, que la afirmación de un tribunal de que está aplicando una disposición *no implica* que efectivamente lo esté haciendo, no es decir que la afirmación del tribunal no sea buena evidencia de que sí está aplicando la ley. Y el tribunal de *Luffe* tiene claro que su decisión se basa en la afirmación de que el caso está “dentro de” (“*within*”) la disposición legal relevante.<sup>8</sup>

Pero hay más: fue también así que la comunidad jurídica entendió y reportó aquella decisión. Véase el siguiente pasaje de un tratado contemporáneo, que caracteriza muy claramente a *Luffe* como una decisión en la que el tribunal *aplicó* la disposición pertinente:

Con relación a 18 Eliz. c. 3, que tiene las palabras “bastardos engendrados y nacidos fuera del matrimonio”, y el 6 Geo. II., que solo se refiere al caso de una mujer soltera, se dudaba si estos preceptos se aplicaban si la madre era una mujer casada; pero finalmente se decidió [en *R v Luffe*] que tenían esa aplicación (Theobald, 1836, p. 416).

Esto, de nuevo, es evidencia a favor de la afirmación de que el tribunal en el caso *Luffe* sí aplicó la disposición relevante. Es evidencia que ya había presentado en mi artículo<sup>9</sup>, aunque Zuleta no la mencione. Y, sobre todo, es evidencia del tipo correcto.

¿Qué quiero decir con “evidencia del tipo correcto”? El objeto de una caracterización teórica o filosófica de la aplicación del derecho (o de cualquier otra noción jurídica) es una noción de la cual abogados, tribunales e incluso ciudadanas y ciudadanos tienen ya una comprensión pre-teórica. Esta comprensión pre-teórica, que se manifiesta de varias maneras, es lo que habilita a los profesionales del derecho utilizar de forma competente la noción, e identificar, con confianza y correctamente, las instancias de

---

<sup>8</sup> Véase *R v Luffe*, cit. 204.

<sup>9</sup> Que también cito en Duarte d'Almeida (2019, p. 354).

aplicación del derecho. Proporciona también un importante punto de partida para la investigación teórica, y un criterio para evaluar la solidez de cualquier propuesta de explicación o caracterización de la noción.

Si un análisis o una teoría de la aplicación del derecho no capta o no da cuenta de los casos que la propia comunidad jurídica consideraría como casos de aplicación del derecho, eso cuenta en contra de la teoría. Es un coste. Esto no quiere decir que sea un coste fatal: por supuesto, puede haber espacio para que el teórico desestime como erróneos algunos de los juicios pre-teóricos de los profesionales del derecho. Pero esas desestimaciones tienen que estar respaldadas por la teoría; la teoría tiene que ser capaz de *explicar* (“*explain away*”) esos juicios si los considera erróneos.

Lo que el teórico no puede hacer es simplemente descartar el desajuste entre su explicación de la aplicación del derecho y la comprensión pre-teórica de los juristas. Tampoco puede el teórico (ni nadie) decir simplemente que, a menos que el jurista sea capaz de proporcionar un *criterio* para distinguir los casos en los que los tribunales aplican el derecho, pero lo hacen de forma incorrecta, de los casos en los que el tribunal no aplica el derecho, no es necesario tener en cuenta la propia comprensión del jurista. Y esto es porque, al fin y al cabo, proporcionar ese criterio es precisamente parte de lo que *la teoría* debe proporcionar. Es tarea de los teóricos del derecho —no de los juristas o de los profesionales del derecho— articular tales criterios.

Por lo tanto, Zuleta se equivoca al descartar como irrelevante la fuerte evidencia —proporcionada por la opinión *explícita* de la comunidad jurídica— de que en una decisión como la de *Luffe* un tribunal sí aplica derecho.<sup>10</sup> Y si, a la vista de esa evidencia, Zuleta sigue pensando que *Luffe* no es un ejemplo de decisión que aplica derecho, entonces la carga de demostrarlo recae en él. Por supuesto, no lo intenta. Y no creo que sea capaz de hacerlo sin *asumir* la corrección de una teoría como el deductivismo de reglas: pero entonces estaría incurriendo en *petitio principii*.

Y Zuleta también se equivoca al afirmar que en mis artículos no “suministr[o] criterios para distinguir aquellos casos en que una disposición fue mal aplicada de aquellos en que simplemente no fue aplicada” (Zuleta,

---

<sup>10</sup> Tampoco *Luffe* es un ejemplo aislado de decisiones de este tipo: véase la discusión en Duarte d’Almeida (2019, sección 4.B).

2021, sección 3.1). Por supuesto que lo hago. Proporcionar tales criterios, como acabo de decir, es la tarea de una teoría de la aplicación del derecho —y es precisamente lo que proporciona mi propia caracterización teórica de la aplicación del derecho—.

¿Cuál es entonces mi criterio? Es muy sencillo de exponer. Un tribunal aplica el derecho —lo aplica pragmáticamente— cuando su decisión se ajusta a mi definición, y no lo hace en el caso contrario. Y un tribunal aplica *mal* el derecho siempre que cualquiera de los enunciados relevantes que la definición menciona resulte ser falso: cuando, por ejemplo, la decisión que el tribunal considera como la acción que debería realizar sobre la base de la disposición relevante *no* sea en realidad la acción que debería realizar sobre esa base; o cuando el juicio de deber relevante *no* sea, de hecho, apoyado normativamente (aunque el tribunal lo considere así) en la conclusión de la aplicación inferencial de la disposición relevante.

Este es, pues, mi criterio: y la decisión del caso *Luffe* lo satisface.

## 2.7. ¿Es el deductivismo de reglas inmune a contraejemplos?

He dicho al inicio de la sección anterior que Zuleta tiene dos argumentos contra mi sugerencia de que un caso como *Luffe* plantea un desafío al deductivismo de reglas. Su segundo argumento es más general.

Zuleta piensa que una teoría como el deductivismo de reglas no necesita dar cuenta de “todos los contraejemplos en que en el uso común de los juristas se considera que se ha aplicado una disposición y que no encajan claramente en su modelo” (Zuleta, 2021, sección 3.1). Y a este respecto hace dos observaciones relacionadas, apoyándose en Carnap para la primera, y en Hempel para la segunda.

El primer punto es que, “como señala Carnap”, el objetivo de una *elucidación* es “sustituir un concepto dado más o menos inexacto, el *explicandum*, por otro exacto, el *explicatum*” (Zuleta, 2021, sección 3.1). Ya que “el *explicatum* debe ser tan exacto como sea posible, en tanto que el *explicandum* es vago, no es posible esperar una coincidencia total”, e

incluso pueden aceptarse apartamientos considerables, como en el caso del concepto científico de “pez”, que excluye de su alcance a algunas especies que eran consideradas peces en el uso común, como las ballenas y las focas (Zuleta, 2021, sección 3.1).

Por supuesto. Pero —dejando a un lado que no está claro que lo que una teoría como el deductivismo de reglas pretende ofrecer sea algo como una explicación carnapiana— Carnap es muy claro en cuanto a que la similitud entre un *explicatum* y su *explicandum* es un requisito para una explicación bien sucedida, y que las pérdidas de similitud deben justificarse por las ganancias en exactitud y fecundidad (Carnap, 1962, pp. 5-8).

Esto es ciertamente así para el concepto científico Pez, que es, como escribe Carnap, “mucho más estricto” que el concepto pre-científico, ya que excluye muchos tipos de animales que este incluía (Carnap, 1962, p. 6). Pero esta exclusión —con el correspondiente “cambio en las reglas del lenguaje”— fue motivada por “descubrimientos fácticos” (Carnap, 1962, p. 6) relevantes, y se justifica dentro del contexto más amplio de “la construcción de un lenguaje sistemático de la zoología” (Carnap, 1962, p. 5). No es que los zoólogos se limitaran a descartar las ballenas y las focas como “no peces” y no tuvieran nada más que decir sobre ellas. Su exclusión del concepto científico Pez va acompañada de su inclusión en diferentes categorías que forman parte del mismo esfuerzo de sistematización coherente.

Pero nada de esto es cierto en el caso del deductivismo de reglas. Los deductivistas de reglas no afirman que el coste de no captar todos los casos de lo que los profesionales del derecho consideran aplicación del derecho esté justificado por la particular fecundidad o exactitud del modelo que proponen. Zuleta tampoco hace tales reivindicaciones en nombre de los deductivistas de reglas. Lo hace parecer como si cualquier disimilitud entre un *explicatum* y su *explicandum* pudiera simplemente descartarse señalando que el requisito carnapiano de similitud no es absoluto. Ojalá las cosas fueran tan sencillas.

Para su segundo punto, que está relacionado con el anterior, Zuleta recurre a Hempel. Dice que “el modelo deductivista de reglas es estructuralmente igual a otros modelos de explicación por subsunción legal”, y que “más precisamente, el silogismo jurídico tiene la misma estructura

que la explicación científica en el modelo lógico-deductivo” (Zuleta, 2021, sección 3.1). Y señala que Hempel dice que tales modelos de explicación “no pretenden describir la manera como los científicos formulan realmente sus descripciones explicativas” (Zuleta, 2021, sección 3.1). Su “propósito”, escribe Hempel, “es más bien indicar en términos razonablemente precisos la estructura lógica y la justificación de diversos modos en que la ciencia empírica responde a las preguntas que piden una explicación” (Hempel, 1979, p. 405). Por tanto, dice Hempel, “no tiene objeto quejarse de que los modelos de leyes inclusivas no se ajustan exactamente a la forma en que los científicos presentan realmente sus explicaciones” (Hempel, 1979, p. 420).

Mi respuesta, de nuevo: por supuesto. Pero Zuleta vuelve a errar el blanco. El punto ahora, aplicado a nuestro tema, es sobre la diferencia entre el silogismo jurídico como modelo de la justificación de las decisiones que aplican derecho, y la manera informal en que los tribunales realmente presentan sus propias justificaciones para tales decisiones. Pero este es un punto que no solo planteo *yo mismo* en “On the Legal Syllogism”, sino uno en que me detengo extensamente. Es el punto —que he mencionado también en la sección 2.1— sobre la diferencia entre una *reconstrucción* de un argumento y la manera en que el argumento es de hecho presentado por el tribunal. Y este punto no nos dice nada sobre cuán problemático para el deductivismo de reglas es un contraejemplo como *Luffe*. El punto de un ejemplo como *Luffe* no es que el tribunal no *presenta* su argumento en la forma del silogismo jurídico, sino que ese argumento no es *reconstruible* como un silogismo jurídico.

Zuleta concluye su análisis de estas cuestiones diciendo que

las observaciones de Hempel son aplicables, *mutatis mutandis*, al modelo del deductivista de reglas. Por ello, aun cuando su noción de aplicación de reglas no cubra todos los supuestos en que los juristas afirman que se ha aplicado una disposición, esto no es una razón suficiente para descartarla, a menos que se ofrezca una noción alternativa que, además de ser más cercana al uso común, sea al menos tan exacta y fértil como aquella que se pretende reemplazar (Zuleta, 2021, sección 3.1).



En respuesta cabe hacer tres puntos. El primero es que Zuleta entiende las cosas exactamente al revés. Si el deductivismo de reglas no da cuenta de toda la gama de su *explicandum*, entonces eso, como vimos anteriormente, es un costo que el propio deductivismo de reglas tiene que ser capaz de justificar. En segundo lugar, yo ofrezco en mis artículos un modelo que da cuenta de todos los casos que el deductivismo de reglas tiene en cuenta y de los casos que no tiene; y no veo, y Zuleta no argumenta, que mi modelo sea menos exacto o fructífero que el de los deductivistas de reglas.

En tercer lugar, y más importante: a diferencia de lo que sugiere Zuleta, yo no concedo que el deductivismo de reglas sea capaz de dar cuenta satisfactoriamente de muchos o incluso algunos casos de decisiones judiciales que aplican derecho, aunque haya casos, como *Luffe*, que no logra captar. Más bien, yo utilizo *Luffe* como simple medio para poner más claramente de manifiesto las deficiencias *generales* del deductivismo de reglas. Y lo digo explícitamente en “On the Legal Syllogism”, inmediatamente antes de introducir el caso *Luffe*:

El modelo del silogismo es, en mi opinión, inadecuado incluso en los casos más fáciles, cuando no hay duda de que la regla relevante se aplica al caso en cuestión. Esos son casos que el modelo solo parece captar bien; la apariencia es engañosa. Pero los problemas con el modelo son más fácil y efectivamente exhibidos si prestamos atención a un ejemplo de sentencia judicial real que la representación propuesta por el deductivismo de reglas es claramente incapaz de captar (Duarte d’Almeida, 2019, p. 351).

## 2.8. El cambio de tema de Zuleta

Zuleta tiene un último argumento que plantear en relación con mi crítica al deductivismo de reglas. Como ya mencioné en la sección 2.1, escribe Zuleta que “el principal problema” que encuentro en el silogismo jurídico es “que en ningún lugar se dice que la disposición legal se aplica al caso en consideración” (Zuleta, 2021, sección 1). Y aunque está de acuerdo (por supuesto) en que esto es cierto, dice que “no es claro por qué debería expresarse esa idea en las premisas” (Zuleta, 2021, sección 3.2). Argumenta lo siguiente:

Lo que la reconstrucción del deductivista de reglas esquematiza es la relación lógica que debe haber entre una regla y el contenido conceptual de la decisión para que se pueda sostener que la regla se aplicó a un caso o que la decisión tiene fundamento en la regla. La aplicación de la regla no se afirma sino que se muestra. En este punto, la objeción de Duarte d'Almeida parece asemejarse a la de quien criticara el teorema de Pitágoras sobre la base de que en ninguna premisa se afirma que los principios de Euclides son aplicables a los triángulos rectángulos (Zuleta, 2021, sección 3.2).

Pero esto, además de poco caritativo, no viene al caso. Zuleta se equivoca al decir que el hecho de que el silogismo jurídico no incluya, en sus premisas, la afirmación de que la disposición pertinente es aplicable, constituye, para mí, un “problema” —“principal” o no— del deductivismo de reglas. El “principal” problema del deductivismo de reglas (si se quiere ordenarlos), más bien, es que el modelo del silogismo atribuye a los jueces compromisos con premisas que no es plausible considerar que ellos acepten.

De hecho, solo empiezo a exponer mis argumentos sobre los enunciados de aplicabilidad (como enunciados de segundo orden) y su papel argumentativo en la última sección de “On the Legal Syllogism” —ya *después* de haber concluido mi crítica del deductivismo de reglas y de haber concluido que necesitamos un modelo alternativo (Duarte d'Almeida, 2019, p. 359)—. Que el silogismo jurídico “no expresa que la disposición se aplique al caso” no es una de las razones que ofrezco contra el deductivismo de reglas.

Más bien, lo que sugiero es que un modelo satisfactorio de la justificación de las decisiones que aplican derecho —que es algo que el silogismo jurídico en cualquier caso no proporciona— debería incluir, como premisas, enunciados de segundo orden sobre aplicabilidad, en lugar de enunciados de primer orden sobre las “reglas” putativamente relevantes. Justifico esta sugerencia con argumentos que Zuleta no aborda o siquiera menciona.

Pero esto forma ya parte de mis propias ideas sobre cuál sea el modelo correcto, no de mi crítica al modelo deductivista de reglas; y Zuleta también tiene algunas observaciones críticas que hacer al respecto de cómo entiendo la noción de aplicabilidad.

## 2.9. Zuleta sobre el modelo de la aplicabilidad

Cuando pasa a discutir las ideas que defiendo en “¿Qué es aplicar derecho?”, Zuleta se centra en lo que tengo para decir sobre la noción de aplicabilidad. Cita mi definición, según la cual

decir que una disposición  $p$  se aplica a un objeto  $x$  es decir que hay una consecuencia jurídica específica (o consecuencias jurídicas específicas) que la existencia misma de  $p$  tiene para  $x$  como cuestión de derecho. Es, por lo tanto, decir que hay una afirmación específica sobre  $x$  que es verdadera como cuestión de derecho, y que no podría, dada  $p$ , ser falsa (Duarte d’Almeida, 2021, Sección 2.3).

Zuleta no cree que mi definición, junto con mis comentarios explicativos sobre ella, “suministren una idea, siquiera aproximada, de lo que significa que una disposición es aplicable a un objeto” (Zuleta, 2021, sección 4), y le parece extraño que en mi propuesta de reconstrucción del argumento que justifica una decisión judicial que aplica derecho haya una premisa que simplemente afirma “que la disposición es aplicable al objeto” sin que se sepa por qué (Zuleta, 2021, sección 4). Y esto socava, sugiere Zuleta en una de sus conclusiones, mi propia caracterización de la aplicación inferencial del derecho (Zuleta, 2021, sección 6).

Pero Zuleta malinterpreta lo que digo. Parece pensar que cuando hablo de la consecuencia (o consecuencias) jurídica que la disposición tiene para un determinado objeto, estoy hablando de consecuencias *lógicas*. Su discusión del ejemplo de una disposición que dice “está permitido contraer matrimonio si y solo si ambos contrayentes son solteros” y de las consecuencias lógicas de la conjunción de *esa disposición* con ciertas proposiciones así lo sugiere (Zuleta, 2021, sección 4).

Sin embargo, por “consecuencia” yo no me refiero a una consecuencia lógica. De hecho, las *disposiciones* jurídicas ni siquiera son el tipo de cosas que pueden servir como *relata* lógicos. Las disposiciones en sí mismas no tienen valores de verdad, sino que existen o no como parte del derecho válido. Por supuesto que una disposición —un artículo de una ley, por ejemplo— puede ser redactada, como en el ejemplo de Zuleta, en una

oración que podríamos considerar que tiene valor de verdad. Pero las consecuencias jurídicas de una disposición no son las consecuencias lógicas de cualquier oración que se haya utilizado en su formulación. Y cuando caracterizo la noción de aplicabilidad, soy explícito (como puede leerse en el pasaje recién citado) que lo que está en juego es la consecuencia (o consecuencias) jurídica(s) que “la existencia misma” de la disposición tiene para un determinado objeto.

¿Qué entiendo entonces por las consecuencias de una disposición? Me refiero a los efectos jurídicos que se le pueden atribuir en relación con un caso particular que se tenga enfrente. En el ejemplo de *The Hollandia* —mi principal ejemplo en “¿Qué es aplicar derecho?”—, la disposición pertinente, el artículo III, párrafo 8, de las normas de La Haya-Visby, tuvo como consecuencia, según Lord Denning, la nulidad de la cláusula del conocimiento de embarque en cuestión. Y esto *no* es, como también advierto explícitamente, una cuestión sobre el lenguaje de la disposición; no se trata de lo que la disposición *dice*. Y tampoco se trata de la consecuencia que la disposición podría tener para otras cláusulas de conocimientos de embarque en otros casos particulares. Se trata, más bien, de la consecuencia concreta que la disposición tiene para aquel conocimiento de embarque en particular.

Por eso digo que “la aplicación del derecho es, en cierto sentido, un asunto particularista” (Duarte d'Almeida, 2021, sección 2.4). Zuleta también se opone a esta afirmación. “Teniendo en cuenta que el particularismo es lo opuesto a la aplicación de normas generales y que el derecho está compuesto esencialmente por normas generales”, escribe, “la afirmación no me parece inteligible” (Zuleta, 2021, sección 4).

Bien, yo esperaba que mi uso de la frase “en cierto sentido” se entendiera a la luz de mis explicaciones precedentes —incluyendo, como ya he mencionado, mis puntos sobre la universalidad de todos los juicios normativos particulares—. Pero en un punto tiene Zuleta razón: yo no formularía mi visión del derecho diciendo que “el derecho está compuesto esencialmente por normas generales” —al menos si estas “normas generales” son las que se supone que los jueces aplican—. Pero este no es el lugar para profundizar este asunto. Mis dos artículos sobre la justificación de las decisiones judiciales —uno sobre el deductivismo de reglas, el otro sobre

la aplicación del derecho— son solo dos partes de una visión más amplia del derecho en general (y de la actividad que comúnmente se denomina “interpretación” jurídica) que espero seguir desarrollando en posteriores trabajos.

En cualquier caso, Zuleta no es el único de mis comentaristas que se centra en mi afirmación de que la aplicación del derecho es “un asunto particularista”. Gabriela Scataglini, en particular, cuestiona la conexión entre esa afirmación y mi discusión sobre el deductivismo de reglas: cree que no hay ninguna. Pasemos ahora a sus observaciones.

### 3. Respuesta a Gabriela Scataglini

Scataglini, al igual que Zuleta, discute no solo los puntos de vista que presento en “¿Qué es aplicar derecho?”, sino también algunos aspectos de mis críticas al deductivismo de reglas en “On the Legal Syllogism”. Y aunque está de acuerdo conmigo en un punto central de esas críticas, no está segura de que yo haya explicado bien cómo se conectan entre sí la *pars destruens* y la *pars construens* de mi propuesta.

Scataglini discute mis ideas en tres frentes. Trataré cada uno de sus puntos por separado, en las secciones 3.1, 3.3 y 3.4. Pero también aprovecharé la oportunidad para mostrar, en la sección 3.2., que mientras tenemos buenas razones para rechazar el deductivismo de reglas, los propios deductivistas de reglas no tienen ninguna razón para rechazar mi propuesta.

#### 3.1. Scataglini sobre argumentos, premisas, y enunciados de primer y segundo orden

En la primera sección de su artículo, Scataglini parece atribuirme la tesis de que, cuando los jueces justifican sus decisiones de aplicación del derecho, la conclusión de sus argumentos es la propia *decisión*. Presenta mis puntos de vista sobre el silogismo jurídico como si mi opinión fuera que el problema de este modelo es que, dadas sus premisas, “la conclusión del razonamiento no resulta ser la decisión judicial (sentencia)”. También

sugiere que mi propio modelo representa el tipo de argumento necesario “para poder derivar lógicamente un enunciado que constituya una sentencia o decisión judicial” (Scataglini, 2021, sección 1).

Esto es incorrecto. No creo que la conclusión del argumento relevante sea la propia *decisión* que aplica el derecho, ni que lo que el silogismo jurídico pretenda reconstruir sea “un razonamiento cuya conclusión es la decisión judicial (sentencia)”. Una decisión es una acción, mientras que la conclusión del argumento relevante es una frase o proposición dotada de valor de verdad; y las acciones no son frases o proposiciones. Este es, de hecho, un punto que hago explícitamente en “On the Legal Syllogism” (Duarte d'Almeida, 2019, p. 350).

Lo que sí digo es que, si el argumento relevante está destinado a *justificar* la decisión, entonces la frase que figura como su conclusión debería aseverar que esa decisión es una que el juez debe jurídicamente, todo considerado, emitir (o al menos una decisión que, todo considerado, le está jurídicamente permitido emitir). Y, al discutir el modelo del silogismo jurídico, lo considero en primer lugar (en la sección III de “On the Legal Syllogism”) bajo el supuesto de que *ese* es el tipo de conclusión que las premisas pertinentes pretenden justificar (Duarte d'Almeida, 2019, pp. 346-350). Pero luego —habiendo concluido que el silogismo jurídico es incapaz de modelar *eso*— procedo a considerarlo (en la sección IV) como un modelo de justificación de proposiciones jurídicas particulares, y muestro cómo el modelo del silogismo jurídico falla también cuando es reinterpretado de esa manera (Duarte d'Almeida, 2019, pp. 350-359).

Pero lo interesante de las observaciones de Scataglini en la primera sección de su artículo radica en la analogía que establece entre, por un lado, mi afirmación de que un modelo satisfactorio de la justificación de las decisiones que aplican derecho debería incluir, como una de las premisas, un enunciado de aplicabilidad, que es un enunciado de segundo orden (en lugar de un enunciado de primer orden de una regla), y, por otro lado, lo que parece ser la posición de la Tortuga en el conocido diálogo de Lewis Carroll entre Aquiles y la Tortuga (Carroll, 1895).

No es necesario que repita la presentación que hace Scataglini del diálogo. Lo que importa acá es su punto sobre “la enseñanza principal del relato de Carroll”: a saber, que “la hipótesis —*i. e.*, el condicional que la

Tortuga debe ‘aceptar’ para pasar a la conclusión— no debe ser tratada como una premisa más porque constituye un enunciado de segundo orden” (Scataglini, 2021, sección 1).

La analogía, dice Scataglini, está en que yo parezco

partir de la misma intuición que tiene la Tortuga: que las [...] premisas de primer orden no llevan —no obligan— a aceptar la conclusión. Para afirmar la conclusión se necesita hacer algo más: algo que solo puede ser captado (reconstruido) en un orden superior (Scataglini, 2021, sección 1).

Y la preocupación para mí sería que —como el diálogo de Carroll se supone que enseña— los “enunciados de segundo orden no pueden aparecer ‘mezclados’ en el mismo razonamiento con las premisas de primer orden” (Scataglini, 2021, sección 1).

Me parece, sin embargo, que no hay ninguna analogía relevante, y que Scataglini incurre en un equívoco respecto a la noción de enunciado de “segundo orden”.

Obsérvese, en primer lugar, que se trata de una noción relacional. Un enunciado solo es apropiadamente llamado “de segundo orden” en relación a algún otro enunciado o noción que mencione. Así, en el diálogo de Carroll, el enunciado “Si A y B son verdaderas, entonces Z debe ser verdadera” es un enunciado de segundo orden *en relación a* los enunciados que menciona —A, B y Z— que son, en consecuencia, de “primer orden” (Scataglini, 2021, sección 1).

Nótese también que en el diálogo de Carroll la cuestión, como dice Scataglini, es que aquel enunciado de segundo orden, que puede tomarse como expresión de un “principio de inferencia”, no debe añadirse a A, B y Z como una *premisa* más del argumento. Esta es, según Scataglini, la forma adecuada de resolver la paradoja planteada por la Tortuga.

Pero mis objeciones al silogismo jurídico no se parecen en nada a las de la Tortuga. Para empezar, no niego —por el contrario— que el silogismo jurídico sea el esquema de una inferencia lógicamente válida. De hecho, así lo afirmo (Duarte d’Almeida, 2019, p. 339). Así que mi punto no tiene nada que ver con la cuestión de si sus premisas apoyan la conclusión. Mi punto, más bien (como también he explicado en la Sección 2.2) es que la premisa

jurídica no puede atribuirse plausiblemente a los jueces cuyos argumentos el silogismo jurídico pretende reconstruir.

Y cuando en mi propia propuesta incluyo, como premisas, lo que denomino enunciados de aplicabilidad, y digo que se trata de enunciados de “segundo orden”, lo que quiero decir es simplemente que se trata de enunciados *acerca de* las disposiciones pertinentes —es en ese sentido que son de “segundo orden”— y no de enunciados *del* contenido de las reglas que tales disposiciones supuestamente expresan. Sin embargo, como premisas en los argumentos pertinentes, los enunciados de aplicabilidad son, *lógicamente* hablando, enunciados de “primer orden” precisamente en el mismo sentido en que los enunciados A y B del diálogo de Carroll son enunciados de “primer orden”. Son las premisas relevantes que, dada la regla de inferencia apropiada (que en sí misma, estoy de acuerdo, no es una premisa, y por tanto es *lógicamente* un elemento de “segundo orden”), conllevan la conclusión.

Puedo plantear el mismo punto de otra manera. Tomemos cualquier enunciado de “segundo orden”. Por supuesto, es perfectamente posible construir un argumento lógicamente válido que incluya ese enunciado como una de sus premisas. En el contexto de ese argumento, entonces, ese enunciado será *lógicamente* un enunciado de primer orden.

Pero como mi uso de la expresión “de segundo orden” para referirme a los enunciados de aplicabilidad parece haber provocado cierta confusión, tal vez sea ahora un buen momento para hacer algunas observaciones básicas sobre el modelo que he propuesto y sobre lo que los deductivistas de reglas pueden decir sobre él.

### **3.2. Por qué incluso los deductivistas de reglas podrían aceptar el modelo de la aplicabilidad**

Cuatro puntos simples —casi trivialidades, diría—.

En primer lugar, no hay nada inusual en lo que llamo “enunciados de aplicabilidad” (es decir, enunciados de la forma, por ejemplo, “el artículo A se aplica a este contrato”). La etiqueta es mía, pero los enunciados de



aplicabilidad son comunes en la práctica y el lenguaje de los tribunales y abogados.<sup>11</sup>

En segundo lugar, los deductivistas de reglas (y cualquier persona, en realidad) podrían y deberían estar de acuerdo con la afirmación de que si un determinado enunciado de aplicabilidad es verdadero —si, por ejemplo, es verdadero que un determinado artículo de una ley se aplica a un determinado objeto— entonces, como resultado, habrá algún enunciado jurídico particular sobre ese objeto que será verdadero también. En *The Hollandia* —mi principal ejemplo en “¿Qué es aplicar derecho?”—, la aplicabilidad del artículo III, párrafo 8, de las reglas de La Haya-Visby a la cláusula pertinente del conocimiento de embarque tiene como resultado que es verdadero, como cuestión de derecho, que esa cláusula es nula.

En tercer lugar, los deductivistas de reglas (o, de nuevo, cualquier otra persona) no tienen ninguna razón para negar que, cuando tal enunciado particular es verdadero, eso da al tribunal una *razón* para decidir el caso de una manera determinada (a saber, en el ejemplo de *The Hollandia*, permitiendo la apelación).

Y, en cuarto lugar, si un tribunal tiene tal razón para decidir de una manera determinada, entonces esa es la decisión que, todo considerado, debe emitir jurídicamente si esa razón no se ve superada por ninguna consideración compensatoria, es decir, si no hay consideraciones de igual o mayor fuerza en sentido contrario.

Considero que estos cuatro puntos son trivialmente verdaderos; no son puntos que los deductivistas de reglas deban negar.<sup>12</sup> Pero si son ver-

<sup>11</sup> Señalo en la sección 2.5 de “¿Qué es aplicar derecho?” que la disposición puede ser aplicada a “cualquier objeto” *x*. Scataglini se pregunta, en sección 1 de su comentario, sobre casos en los que lo que está en juego no es un “objeto”, sino un evento —“un hecho (como ser, por ejemplo, una acción llevada a cabo por una persona)”—. Pero la pregunta está mal planteada. Mi uso de la palabra “objeto” no pretende referirse únicamente a los objetos materiales. Más bien, utilizo “objeto” en el mismo sentido en que se habla, por ejemplo, del “objeto del discurso”, o del “objeto” de una teoría: lo utilizo simplemente para referirme a cualquier cosa a la que se aplique la disposición. Puede ser una acción, una persona, o de hecho cualquier otra cosa.

<sup>12</sup> Estos cuatro puntos reiteran, de forma simplificada pero también actualizada —a la luz de lo que digo en “¿Qué es aplicar derecho?” (Duarte d’Almeida, 2021)—, lo que expuse originalmente en la última sección de “On the Legal Syllogism” (Duarte d’Almeida, 2019, pp. 359-360).

daderos, esto significa que el siguiente esquema —que reúne los cuatro puntos— bien podría captar un argumento que cualquier tribunal podría dar para justificar una decisión  $\varphi$  sobre la base de algún enunciado jurídico particular  $c$  que es en sí mismo el producto de una cierta disposición  $p$  que se aplica a algún objeto  $x$ :

- (1) Si la disposición  $p$  se aplica a  $x$ , entonces  $c$ .
  - (2) La disposición  $p$  se aplica a  $x$ .
- Por lo tanto (de (1) y (2)),
- (3)  $c$ .
  - (4) Si  $c$ , y no hay consideraciones compensatorias [i.e. consideraciones de igual o mayor fuerza en sentido contrario], entonces, todo considerado, este tribunal debe jurídicamente (o no es el caso que no deba jurídicamente)  $\varphi$ .
  - (5) No hay consideraciones compensatorias.
- Por lo tanto (de (3), (4) y (5))
- (6) Todo considerado, este tribunal debe jurídicamente (o no es el caso que no deba jurídicamente)  $\varphi$ .

Y este es, por supuesto, el esquema que propongo para la justificación de las decisiones que aplican derecho: el esquema que presenté anteriormente, en la sección 2.3. A diferencia del silogismo jurídico de los deductivistas de reglas, no incluye ningún enunciado *de* una regla como premisa. Pero si —como acabo de decir— no hay nada en el esquema que he propuesto a lo que los deductivistas de reglas se opondrían, ¿por qué exactamente no podrían aceptarlo como un modelo satisfactorio?

La respuesta, como sabemos, es que los deductivistas de reglas tienen una comprensión particular de lo que significan los enunciados de aplicabilidad. Desde su punto de vista, la premisa (1) es sinónimo de una afirmación más o menos del siguiente tenor: “el antecedente de la regla universal expresada por el artículo  $X$  es satisfecho por  $Y$ ”.

Pero nótese que esto también es un enunciado de “segundo orden”. Es un enunciado *sobre* la regla y su relación con  $Y$ . Lo que significa que, si los deductivistas de reglas tuvieran razón sobre este punto, podrían adoptar el modelo que propongo, con la única diferencia de que la premisa (1) ten-

dría que reescribirse como la afirmación de que “el antecedente de la regla expresada por el artículo X se satisface con Y”. Lo que quiero decir es que no hay *nada* en la idea de que el argumento relevante pueda reconstruirse con tales enunciados de “segundo orden” que los deductivistas de reglas tengan alguna razón para negar.

El problema es que los deductivistas de reglas —incorrectamente, en mi opinión— también considerarían que esto justifica su afirmación de que el argumento pertinente podría ser reformulado en la forma del silogismo jurídico, un argumento que atribuye al juez un compromiso con los enunciados de primer orden de las reglas correspondientes. ¿Y por qué es esto un problema? Porque la afirmación “el antecedente de la regla expresada por la disposición *p* se satisface con *x*” *no* es sinónima de —ni implica— ningún enunciado real de la regla universal expresada por *p*, y porque es muy posible creer justificadamente esa primera afirmación sin una opinión sobre cómo debe formularse la regla universal expresada por la disposición *p*.

Y es *por eso* que sugiero que nos ciñamos a los enunciados de aplicabilidad de “segundo orden” (aunque no propongo entenderlos como lo harían los deductivistas de reglas, por supuesto) en nuestra reconstrucción del argumento relevante.

También espero que ahora esté más claro que no hay nada particularmente extravagante en la reconstrucción que propongo.

### 3.3. Scataglini sobre el carácter particularista de la aplicación del derecho

¿Cuál es exactamente la conexión, se pregunta Scataglini al final de la sección 1 de su artículo, entre mi crítica al silogismo jurídico y mi observación de que considero que la aplicación del derecho es “en cierto sentido, un asunto particularista”?

Scataglini dice que no “alcanz[a] a ver [...] cuál sería exactamente el vínculo entre ambos aspectos” (Scataglini, 2021, sección 1). Pero eso se debe a que ha incorrectamente tomado mi planteamiento sobre los enunciados de aplicabilidad de “segundo orden” como si reflejara las quejas de la Tortuga en

el diálogo de Carroll. El vínculo, como podemos ver ahora, es directo: el silogismo jurídico atribuye injustificadamente a los tribunales un compromiso con enunciados de reglas universales, mientras que mi esquema les atribuye solo un compromiso con los enunciados de aplicabilidad particulares. Los enunciados de aplicabilidad particulares —que, de nuevo, los deductivistas de reglas no tienen razón para negar que los tribunales pueden dar, como a menudo lo hacen— no son sinónimos de enunciados de reglas universales, y pueden sostenerse por sí mismos sin apelar a ellos.

Y en el tema del particularismo, así entendido, Scataglini está de acuerdo conmigo, y de hecho ha defendido puntos de vista similares en sus propios trabajos. Scataglini “coincide”, dice, con mi idea “de que aplicar normas jurídicas no consiste en la representación ni el compromiso por parte del agente *de una proposición universal* conteniendo todas las aplicaciones de la norma” (Scataglini, 2021, sección 2) y subraya, de manera importante, que esto:

no supone negar que existen criterios de corrección acerca de si una norma es o no aplicable a un caso particular. De hecho, un juez o jueza ponen en uso ese criterio cuando aplican una norma a un caso. Pero lo que *no* hacen es captar o comprometerse con una fórmula o principio universal que contiene (extensional o intensionalmente) *todas* las aplicaciones de la norma (Scataglini, 2021, sección 2).

Debo decir que no estoy totalmente de acuerdo con todos los detalles de cómo Scataglini presenta sus propios puntos de vista sobre el asunto. Scataglini habla de jueces que aplican las *normas* pertinentes, mientras que yo hablo de jueces que aplican *disposiciones*, por ejemplo. También establece conexiones entre la noción de aplicabilidad y la idea de *subsunción* que yo no suscribiría necesariamente.

Pero no es necesario ahora dedicar tiempo a estos puntos de desacuerdo relativamente menores. Dada la similitud general entre sus puntos de vista y los míos sobre esta cuestión, supongo que Scataglini también debe encontrar el modelo del silogismo inadecuado como representación de la justificación de las decisiones judiciales. No lo dice explícitamente, pero debería hacerlo.

### 3.4. La conexión normativa entre la aplicación inferencial y la aplicación pragmática del derecho

En la última sección de su trabajo, Scataglini se centra en la conexión entre la aplicación inferencial y pragmática del derecho, y en particular en mi afirmación de que “la aplicación pragmática del derecho [...] retroalimenta normativamente la aplicación inferencial del derecho” (Duarte d’Almeida, 2021, sección 4).

Scataglini expresa sus dudas al respecto. Parece estar de acuerdo con mi planteamiento de que, al considerar si una determinada disposición se aplica a un determinado objeto, un tribunal debería estar atento a las consecuencias que se derivarían —incluso para la manera en que el tribunal debería decidir el caso— si un enunciado de aplicabilidad particular se considerara verdadero. Pero entonces, sugiere que me equivoque al pensar que “la evaluación de las consideraciones compensatorias corresponde exclusivamente a la aplicación pragmática” (Scataglini, 2021, sección 3).<sup>13</sup>

La observación de Scataglini es acertada, y me hace ver que podría haber sido más claro en lo que quiero decir. Pero intentaré ahora explicar mis puntos con más precisión.

Lo primero es que hay una serie de consideraciones —de razones— que influyen en la cuestión de si una disposición *p* se aplica, con una consecuencia particular, a un objeto particular *x*. Estas razones incluyen, creo —y lo digo en “¿Qué es aplicar derecho?”—, las consideraciones comúnmente contempladas bajo el epígrafe de “interpretación jurídica” (Duarte d’Almeida, 2021, sección 2.4). Y estoy de acuerdo con Scataglini en que puede haber razones tanto a favor como en contra de un determinado enunciado de aplicabilidad, y, por tanto, que cualquier razón a favor solo determinará al enunciado de aplicabilidad relevante si no hay consideraciones de igual o mayor fuerza en sentido contrario.

<sup>13</sup> Obsérvese también que esto no es sustancialmente diferente de lo que dice Simpson en la cita que di más arriba (en la sección 2.2) al discutir algunas de las críticas de Zuleta: “una persona puede actuar en base a una norma sin pensar en el bosquejo de una norma” (Simpson, 1961, p. 162).

Por tanto, estoy de acuerdo con Scataglini cuando escribe que a la hora de determinar si una disposición se aplica de forma inferencial, con una determinada consecuencia, a un determinado objeto, “evaluamos posibles consideraciones compensatorias y sostenemos nuestras conclusiones como ajustadas al derecho, como la determinación *correcta* de lo que el derecho dispone” (Scataglini, 2021, sección 3). Y también estoy de acuerdo en que esto es algo que hacen no solo los jueces, sino los “abogados y abogadas litigantes”, los “juristas o quienes se dedican a la dogmática”, y más generalmente las ciudadanas y ciudadanos. (Como menciono en mi artículo, “a menudo, como meras y meros ciudadanas y ciudadanos, sí aplicamos *inferencialmente* el derecho”, Duarte d'Almeida, 2021, sección 3.5.) No pretendía sugerir lo contrario.

Pero un segundo punto, relacionado con el anterior, es que las razones que deben considerarse al determinar si un enunciado de aplicabilidad es correcto incluyen las posibles consecuencias que se derivarían de ello. Porque si hay una determinada decisión  $\phi$  que un tribunal tendría motivos para dictar *si* la disposición se aplica, con una determinada consecuencia, a un determinado objeto  $x$ , entonces el hecho de que esa decisión sería, digamos, extremadamente injusta es en sí mismo una consideración que debe tenerse en cuenta al decidir la propia cuestión de la aplicabilidad. Y no considero que este punto sea especialmente controvertido, ya que se reconoce habitualmente que el pensamiento consecuencialista desempeña un papel en lo que comúnmente se denomina “interpretación jurídica”.<sup>14</sup>

Dicho esto, sin embargo, *una vez* que un juez ha establecido que una disposición se aplica, con una consecuencia particular, a un objeto particular, eso en sí mismo dará al tribunal una razón para decidir el caso en cuestión de una manera determinada, y dicha razón debe ser considerada frente a cualquier otra razón que tenga que ver con *esa* cuestión. O, dicho de otro modo: mientras que los dos puntos anteriores se refieren a las razones (tanto a favor como en contra) que influyen en la aplicación de una determinada disposición, este último punto se refiere a las razones (tanto a favor como en contra) que influyen en la decisión que el tribunal debe adoptar, *dado* que se aplica una disposición particular.

<sup>14</sup> Sobre esto véase, por ejemplo, MacCormick (2005, cap. 6).

## 4. Respuesta a José Juan Moreso

También José Juan Moreso dedica parte de su comentario a mi análisis del deductivismo de reglas en “On the Legal Syllogism”. Moreso promete mostrar que “un defensor de la concepción tradicional [...] puede resistir las críticas” que presento contra la visión deductivista de reglas —y, de hecho, que la visión tradicional puede incorporar mis ideas “manteniendo su integridad” (Moreso, 2021, sección 1)—.

Para mostrar este punto, recurre al caso *Noara*.<sup>15</sup> Este caso es análogo, dice, al caso *Luffe*, decisión que analizo en “On the Legal Syllogism” y que, de acuerdo con lo que digo, no puede representarse con el modelo deductivista de reglas. La opinión de Moreso (2021, sección 2, n. 7) es que este tipo de decisiones sí pueden representarse adecuadamente con el modelo del silogismo jurídico, siempre que nos demos cuenta de que el juez considera (o en todo caso debería considerar, si la decisión ha de estar bien justificada sobre la base del derecho existente) “todas las normas aplicables a una determinada situación” (Moreso, 2021, sección 2).

A continuación, Moreso considera, y plantea dudas, acerca de mi afirmación, en “¿Qué es aplicar derecho?”, de que la justificación de los enunciados de aplicabilidad no se basa en enunciados universales de normas, y centra esta discusión en torno a otra decisión real: el caso inglés *Jaffa Cakes*.<sup>16</sup>

Consideraré cada punto por separado.

### 4.1. El caso *Noara* y el modelo del silogismo judicial

Aunque la decisión judicial en el caso *Noara* está escasamente motivada, Moreso dice que “la jueza parece suponer que autorizando el trasplante en este caso está aplicando el art. 4 de la Ley 30/1979” —disposición que

<sup>15</sup> Auto 785/2007 de dieciocho de octubre, Juzgado de Primera Instancia número 17 de Sevilla.

<sup>16</sup> *United Biscuits (UK) Ltd (No 2) v the Commissioners of Customs and Excise* [1991] (LON/91/160) VAT Decision 6344.

especifica el requisito de que “el donante sea mayor de edad” — “a pesar de que Rocío, la donante, es menor de edad” (Moreso, 2021, sección 2).

No estoy seguro de estar de acuerdo con esta afirmación. Sin embargo, en aras de la discusión, procederé como si la jueza efectivamente considerara que está aplicando esta disposición, y explicaré mi desacuerdo solo al final de esta sección, una vez que haya abordado los argumentos de Moreso.

¿Cómo reconstruiría entonces un deductivista de reglas el argumento en este caso? Moreso dice que yo probablemente sostendría que el deductivista de reglas tendría que reconstruir el argumento como sigue, lo cual, como él señala, es lógicamente falaz:

- (1) Todas las personas mayores de edad, en posesión de sus facultades mentales, debidamente informadas y prestando su consentimiento de manera libre y consciente pueden donar órganos para su injerto o implantación en otra persona.
- (2) Rocío es una menor de edad, en posesión de sus facultades mentales, debidamente informada y prestando su consentimiento de manera libre y consciente, dispuesta a donar parte de su hígado para ser trasplantado a su hija Noara.

Por lo tanto, de (1) y (2),

- (3) Rocío está autorizada a donar parte de su hígado a su hija Noara. (Moreso, 2021, sección 2).

Y Moreso parece estar de acuerdo conmigo —*arguyendo*, al menos— en dos puntos. Primero, los deductivistas de reglas no podrían proponer que la primera premisa se revisara para “excluir la mayoría de edad de la premisa (1)” (Moreso, 2021, sección 2). Y, en segundo lugar, tampoco podrían proponer que la premisa (2) se reescribiera para decir que Rocío es mayor de edad. Cualquiera de las dos estrategias nos daría un argumento lógicamente válido; pero con la primera, la premisa (1) dejaría de ser plausible como enunciado de la regla que supuestamente expresa la disposición correspondiente, y bajo la segunda estrategia la premisa (2) sería simplemente falsa como cuestión de hecho (Moreso, 2021, sección 2).

Pero Moreso, si bien no impugna directamente esta línea de razonamiento contra el deductivismo de reglas, piensa que en el caso *Noara* “el



razonamiento de la jueza es insuficiente para mostrar lo que desea mostrar”, y que, si la jueza hubiera “mostrado que en el derecho español también existe la causa de justificación del estado necesidad” (Moreso, 2021, sección 2), habría podido ofrecer un argumento que *podría* ser “reconstruido deductivamente” como un silogismo jurídico.

He aquí cómo Moreso (2021, sección 2) propone reconstruir dicho argumento:

(1<sup>o</sup>) Todas las personas mayores de edad, en posesión de sus facultades mentales, debidamente informadas y prestando su consentimiento de manera libre y consciente pueden donar órganos para su injerto o implantación en otra persona.

(2<sup>o</sup>) Todas las personas están autorizadas a infringir un deber cuando están en estado de necesidad.

(3<sup>o</sup>) Rocío es una menor de edad, en posesión de sus facultades mentales, debidamente informada y prestando su consentimiento de manera libre y consciente, dispuesta a donar parte de su hígado para ser trasplantado a su hija Noara.

(4<sup>o</sup>) Rocío está en estado de necesidad, puesto que si no dona parte de su hígado a Noara, entonces Noara morirá.

Por lo tanto, de (1<sup>o</sup>), (2<sup>o</sup>), (3<sup>o</sup>) y (4<sup>o</sup>),

(5<sup>o</sup>) Rocío está autorizada a donar parte de su hígado a su hija Noara.

No veo, sin embargo, que el análisis de Moreso sobre el caso *Noara* socave en modo alguno mis críticas al deductivismo de reglas y al modelo del silogismo jurídico.

Permítanme comenzar con un par de pequeños puntos respecto de la reconstrucción ofrecida por Moreso de lo que él consideraría el argumento correcto, en el derecho español, que el juez debería haber utilizado para decidir el caso *Noara*.

La causa de justificación de estado de necesidad está pensada para hacer jurídicamente permisible una acción que, no obstante, realiza un tipo penal. Pero mientras que esto probablemente sería cierto tanto para el médico que llevaría a cabo la operación de trasplante (y digo “probablemente” porque

carezco de los conocimientos pertinentes del derecho español), no sería, sospecho, cierto para la propia acción de Rocío de donar parte de su hígado a su hija. Es más probable que se considerase a Rocío como *víctima* y no como agente del delito de tráfico de órganos. Pero el caso *Noara* se refería explícitamente a la cuestión de si la propia Rocío estaba autorizada a donar parte de su hígado a su hija. Así lo dice claramente la jueza en la parte dispositiva de su sentencia: “Debo autorizar y autorizo a Gabriela la donación de hígado solicitada para su hija Verónica, quedando así suplida su falta de capacidad, integrándose el consentimiento de la misma”. Es también lo que Moreso toma como conclusión de su propia reconstrucción. Parece extraño, por tanto, sugerir que el caso debería haberse decidido apelando a la figura del estado de necesidad.<sup>17</sup>

Téngase en cuenta, además, que la jueza del caso *Noara* claramente considera que su decisión de hacer permisible que Rocío done parte de su hígado a su hija significa que la donación está legalmente autorizada *desde el inicio*. Y aunque, como dice Moreso, apelar a la figura del estado de necesidad, que es una causa de justificación, significaría también que la acción correspondiente estaría permitida, hay una diferencia jurídicamente relevante (y comúnmente aceptada) entre (a) las acciones que están permitidas porque, aunque incumplen un deber, se encuadran en una causa de justificación legalmente reconocida, y (b) las acciones que están jurídicamente permitidas porque, de entrada, no incumplen ningún deber.<sup>18</sup>

<sup>17</sup> Por no mencionar que tampoco me parece evidente que la interpretación que hace Moreso del artículo cuarto a) de la Ley 30/1979 en el sentido de que impone “un deber” (como él dice) “que impide a los menores de edad ser donantes” sea necesariamente acertada. Yo consideraría más naturalmente que impone una incapacidad, es decir, la ausencia de una facultad para consentir válidamente y, por tanto, hacer permisible la obtención de órganos. (Y, por cierto, la reconstrucción propuesta por Moreso no es, tal como se la ha presentado, un argumento formalmente válido. Estoy de acuerdo, sin embargo, en que las premisas podrían reescribirse fácilmente para hacerlo formalmente válido. Pero eso supondría, entre otras cosas, reformular (1) como un enunciado acerca del deber de no donar, lo que haría más destacable el punto que acabo de exponer sobre la plausibilidad de entender el artículo cuarto a) de la Ley 30/1979 de esa manera).

<sup>18</sup> Que la distinción es jurídica y dogmáticamente relevante es el punto principal de la famosa comparación de Welzel entre matar a un mosquito, por un lado, y matar a una persona en defensa propia: véase Welzel (1955, p. 211) y Welzel (1969, p. 81).

Así que no considero que con su reconstrucción Moreso esté simplemente ofreciendo un argumento diferente (y supuestamente mejor) para la *misma* conclusión a la que llegó la jueza en el caso *Noara*. Moreso escribe que la solución de la jueza “es correcta, conforme al derecho español, pero la jueza debería haber razonado de otro modo” (Moreso 2021, sección 2). Pero si, como parece, la conclusión del argumento que propone es que la acción de Rocío debe seguir siendo considerada como un incumplimiento (justificado) de un deber, y si, como también parece, la conclusión de la jueza fue que la acción de Rocío no constituía un incumplimiento de ningún deber para empezar —entonces son argumentos para conclusiones diferentes—.

Pero estos, como he dicho, son puntos menores sobre el tratamiento propuesto por el propio Moreso para el caso. Porque incluso si concedemos a Moreso todos sus puntos sustanciales, no ha socavado mi crítica al deductivismo de reglas.

¿Por qué no? Consideremos de nuevo lo que Moreso dice que yo sugeriría como la reconstrucción que los deductivistas de reglas ofrecerían del argumento de la jueza en el caso *Noara*:

- (1) Todas las personas mayores de edad, en posesión de sus facultades mentales, debidamente informadas y prestando su consentimiento de manera libre y consciente pueden donar órganos para su injerto o implantación en otra persona.
  - (2) Rocío es una menor de edad, en posesión de sus facultades mentales, debidamente informada y prestando su consentimiento de manera libre y consciente, dispuesta a donar parte de su hígado para ser trasplantado a su hija Noara.
- Por lo tanto, de (1) y (2),
- (3) Rocío está autorizada a donar parte de su hígado a su hija Noara.

Esto es, como dice Moreso, un argumento lógicamente inválido; pero no es ese el problema básico del deductivismo de reglas. El problema básico con el deductivismo de reglas, como explico en “On the Legal Syllogism” y también he mencionado ya en varios puntos del presente artículo, es que atribuye a los jueces un compromiso con enunciados de reglas universales.

Y la reconstrucción que ofrece Moreso hace precisamente lo mismo. Atribuye a la jueza en el caso *Noara* un compromiso con al menos dos de esos enunciados: la premisa (1”), y la premisa (2”). Pero no veo que tengamos ni buenas razones ni buenos fundamentos para considerar que la jueza está comprometida con la verdad de tales enunciados universales, por las razones que ya he repasado ampliamente (especialmente en la sección 2.2) al discutir algunas de las observaciones críticas de Hugo Zuleta.

Y, en términos más generales, digo claramente en “On the Legal Syllogism” que mi recurso a ejemplos como el del caso *Luffe* tiene por objeto simplemente mostrar *con mayor claridad* algo que también está presente, aunque no de manera manifiesta, en la reconstrucción de casos más sencillos por parte de los deductivistas de reglas. Esto también es un punto que ya he señalado anteriormente (al final de la sección 2.7). Para citar de nuevo el pasaje pertinente de “On the Legal Syllogism”, el modelo del silogismo falla incluso cuando los deductivistas de reglas no tienen ninguna “duda de que la regla relevante se aplica al caso en cuestión”. “Esos”, escribí, “son casos que el modelo solo parece captar bien; la apariencia es engañosa” (Duarte d'Almeida, 2019, p. 351). Y eso es cierto también de la reconstrucción propuesta por Moreso.

Mencioné al principio de esta sección que no estoy seguro de que Moreso tenga razón en que la jueza del caso *Noara* supusiera que estaba “aplicando el art. 4 de la Ley 30/1979” (Moreso, 2021, sección 2). En mi opinión, estaba haciendo algo diferente. Simplemente estaba *dando* la autorización que la propia Rocío no podía, debido a su edad, válidamente proporcionar. Esto se corresponde con lo que la jueza dice explícitamente que está haciendo: el efecto de su decisión es que “queda [] así suplida [la] falta de capacidad” de Rocío.

Pero si esto es así, la jueza no está *aplicando* el artículo 4 de la Ley 30/1979. Más bien, con su decisión, está *haciendo que el artículo sea aplicable* a este trasplante concreto, con la consecuencia de que pasa ahora a estar jurídicamente permitido (que es precisamente el mismo efecto que habría tenido el consentimiento de la propia Rocío, de haber sido mayor de edad). Esto también explicaría la escasez de argumentos reales en la decisión. Y significaría, por supuesto, que el caso *Noara* no es relevantemente análogo a casos como *Luffe* después de todo.

## 4.2. El caso *Jaffa Cakes* y la justificación de los enunciados de aplicabilidad

El segundo punto de Moreso se refiere a la justificación de lo que yo llamo “enunciados de aplicabilidad”. Introduce el caso *Jaffa Cakes*, ofrece una reconstrucción del argumento del tribunal según el modelo que propongo, y dice que “no t[iene] mayores objeciones a esta reconstrucción” (Moreso, 2021, sección 3)<sup>19</sup>. Tomo su acuerdo (que es bienvenido) como reflejo e ilustración del hecho de que, como expliqué anteriormente en la sección 3.2, los deductivistas de reglas no tienen ninguna razón para rechazar la visión que propongo de la estructura de la justificación de las decisiones que aplican derecho.

Sin embargo, la cuestión importante que hay que plantear, dice Moreso, es:

¿[C]ómo se justifica (2), la premisa que dice que [la Schedule n. 5 de la *Value Added Tax Act 1983*] es aplicable a[l] caso [*Jaffa Cakes*]? Y, ¿por qué Luís piensa que no se justifica acudiendo a pautas generales? (Moreso, 2021, sección 3).

<sup>19</sup> Una objeción menor que hace Moreso es que mi inclusión de la cláusula “no hay consideraciones compensatorias” en las premisas (4) y (5) parece indicar un respaldo a una estrategia que yo mismo he refutado en trabajos anteriores, y en particular en mi libro *Allowing for Exceptions: A Theory of Defences and Defeasibility in Law* (Duarte d’Almeida, 2015a). Es un comentario justo, pero me temo que falla en el blanco. En primer lugar, mi rechazo, en *Allowing for Exceptions* a estrategias como la de Richard Holton (que sugiere que la inclusión, en un argumento reconstruido, de una cláusula “That’s it” nos permite ver que el efecto “suplantador” de las excepciones es compatible con la justificación deductiva) se refería al tema de las excepciones y la derrotabilidad, no a la ponderación de razones aplicables. Si se tiene una razón para practicar una acción  $\phi$  y una razón de mayor peso (y, por tanto, compensatoria) para no realizar esa acción  $\phi$ , entonces, todo considerado, no se debe realizar la acción  $\phi$ ; pero esto no hace que la razón de mayor fuerza en sentido contrario sea una “excepción”, en el sentido relevante de la palabra. Y, en segundo lugar, no tengo nada, *en principio*, en contra de las cláusulas *ceteris paribus* (de las que la propuesta por Holton es un ejemplo), y de hecho en *Allowing for Exceptions* yo mismo introduzco la noción de cláusula *ceteris ignotis*, en la que me baso como parte de mi explicación de la derrotabilidad en el derecho. Véase Duarte d’Almeida (2015a, cap. 6) (y la sección 6.3. en particular para una discusión de las cláusulas “That’s it”), así como Holton, 2002. Discuto la propuesta de Holton con más detalle que en mi libro en mi artículo “Exceptions and Supersession” (Duarte d’Almeida, 2014), que está también disponible en traducción al español (Duarte d’Almeida, 2015b).

Y en contra de mi opinión de que los tribunales no justifican tales enunciados de aplicabilidad sobre la base de premisas universales, Moreso dice —coincidiendo con un punto de Joseph Raz— que para que la premisa “que dice que la pauta contenida en la Schedule n. 5 de la *Value Added Tax Act* 1983 es aplicable” a los Jaffa Cakes “sea inteligible, es necesario que se apoye en algunas razones que son de carácter general” (Moreso, 2021, sección 3).

Pero no estoy en desacuerdo con esto. No sostengo que la justificación de los enunciados de aplicabilidad no se apoye en razones de carácter general; de hecho, creo que debe hacerlo. Lo que sí sostengo es que, aunque los tribunales recurren apropiadamente a tales razones, no ofrecen formulaciones de enunciados universales que especifiquen todas y solo las características relevantes del caso en cuestión. De hecho, esto es precisamente lo que vemos en el caso *Jaffa Cakes*. Consideremos cómo el propio Moreso describe la línea de argumentación del tribunal:

El Tribunal toma en consideración algunas semejanzas de los *Jaffa Cakes* con las galletas, como que son de tamaño más semejante a las galletas, se comen con los dedos como las galletas, se empaquetan como ellas y parecen en los comercios que las venden agrupados junto con las galletas y no con los pasteles. Hay, sin embargo, otros elementos que las asemejan a los pasteles, cuando pasa el tiempo al igual que los pasteles se ponen duras y resacas, mientras las galletas con el paso del tiempo se ablandan (Moreso, 2021, sección 3).

Este es, en mi opinión, un ejemplo típico de cómo los tribunales justifican los enunciados de aplicabilidad. Tienen “en cuenta” diferentes “hechos y consideraciones” —para usar el lenguaje que el tribunal del caso *Jaffa Cakes* emplea explícitamente— que estiman relevantes para resolver el asunto en cuestión. Las consideraciones que menciona el tribunal son razones de aplicación general. El hecho de que una pieza de confitería cubierta de chocolate tenga un tamaño similar al de las galletas, que se coma con los dedos y que se exponga normalmente para su venta junto con galletas, son razones, dice el tribunal, para no aplicarles la pauta contenida en la Schedule 5, mientras que el hecho de que se endurezcan en lugar de ablandarse con el tiempo es una razón para aplicar esa disposición. Pero

aun así, el tribunal no se aventura a formular un enunciado universal del tipo: “siempre que una pieza de confitería que es más similar en tamaño a una galleta que a un bizcocho, se come con los dedos, y se expone para su venta junto con galletas, se le aplica la Schedule 5”, ya que bien puede ser posible que surja otro caso en el que estén presentes todos esos puntos de similitud y disimilitud, pero que también presente algunos otros puntos de similitud relevantes que justificarían una conclusión diferente. El tribunal tampoco se compromete con un enunciado universal del tipo “siempre que un producto de confitería que se asemeja más a una galleta que a un bizcocho, se come con los dedos y se expone para su venta junto con galletas, entonces, *ceteris paribus*, se le aplica la Schedule 5”, ya que no puede afirmarse con certeza que esas mismas características tengan necesariamente la misma fuerza (y dirección) al proveer de razones en otro caso particular que pueda surgir en el futuro. Y ni siquiera se puede considerar que el tribunal se comprometa con un enunciado universal aún más general del tipo “Siempre que una pieza de confitería se parezca más a un pastel que a una galleta, se le aplica el Schedule 5”, ya que la similitud relevante puede ser solo uno de los posibles criterios pertinentes que se aplicarían adecuadamente en algún otro caso.

Pero es cierto, lo sé, que en mis artículos no he aportado nada que ni siquiera empiece a proporcionar una explicación clara del razonamiento y los argumentos que se utilizarían para justificar los enunciados de aplicabilidad. Esa también es una tarea para futuros trabajos.

## Bibliografía

- Carnap, R. (1962). *Logical Foundations of Probability*. 2 ed. Chicago, Toronto: The University of Chicago Press; Routledge and Keegan Paul.
- Carroll, L. (1895). What the Tortoise Said to Achilles. *Mind*, 4(14), 278-280.
- Duarte d’Almeida, L. (2014). Exceptions and Supersession. *Ragion Pratica*, 42, 187-203.
- Duarte d’Almeida, L. (2015a). *Allowing for Exceptions: A Theory of Defences and Defeasibility in Law*. Oxford: Oxford University Press.

- Duarte d'Almeida, L. (2015b). Excepciones y superación. En P. Luque (ed), *Particularismo: ensayos de filosofía del derecho y filosofía moral* (pp. 133-150). Barcelona: Marcial Pons.
- Duarte d'Almeida, L. (2019). On the Legal Syllogism. En D. Plunkett, S. Shapiro y K. Toh (eds), *Dimensions of Normativity: New Essays on Metaethics and Jurisprudence* (pp. 335-364). Nueva York: Oxford University Press.
- Hart, H. L. A. (1955). Theory and Definition in Jurisprudence. *Proceedings of the Aristotelian Society: Supplementary Volumes*, 29, 239-264.
- Hart, H. L. A. (1967). Problems of the Philosophy of Law. Republicado en H. L. A. Hart. (1983) *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Clarendon Press.
- Hart, H. L. A. (2012 [1961]). *The Concept of Law*. 3 ed. Oxford: Oxford University Press.
- Hempel, C. G. (1979 [1965]). *La explicación científica*. Barcelona: Paidós.
- Holton, R. (2002). Principles and Particularisms. *Proceedings of the Aristotelian Society: Supplementary Volumes*, 67, 191-209.
- MacCormick, N. (2005). *Rhetoric and the Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning*. Oxford: Oxford University Press.
- Moreso, J. J. (2021). Aplicación del derecho y los casos *Noara y Jaffa Cakes*. *Discusiones*, 27(2).
- Scataglini, G. (2021). Aquiles, la Tortuga y la aplicación de normas jurídicas como un 'asunto particularista' sin particularismo. *Discusiones*, 27(2).
- Simpson, A. W. B. (1961). The *Ratio Decidendi* of a Case and the Doctrine of Binding Precedent. En A. C. Guest (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence* (pp. 148-175). Oxford: Oxford University Press.
- Theobald, W. (1836). *A Practical Treatise on the Poor Laws, as Altered by the Poor Law Amendment Act, and Other Recent Statutes*. London: Stevens & Sons.
- Welzel, H. (1955). Die Regelung von Vorsatz und Irrtum im Strafrecht als legislatorisches Problem. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 76, 196-228.
- Welzel, H. (1969). *Das Deutsche Strafrecht: Eine Systematische Darstellung*, 11th edition. Berlín: Walter de Gruyter.



Williams, G. (1988). The Logic of “Exceptions”. *Cambridge Law Journal*, 47, 261–95

Zuleta, H. (2021). Comentario a ‘¿Que es aplicar derecho?’ de Luís Duarte d’Almeida. *Discusiones*, 27(2).



*Sección II*

**DISCUSIONES:  
CORTES**



## Tentativa y dolo eventual: una crítica de la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema chilena

*Criminal Attempts and dolus eventualis:  
A Critique of some Recent Decisions by the  
Chilean Supreme Court*

Juan Pablo Mañalich R.\*  
Alejandra Olave A.\*\*

Recepción: 07/05/2021

Evaluación: 08/07/2021

Aceptación final: 30/08/2021

**Resumen:** Se somete a crítica una tendencia jurisprudencial de la Corte Suprema chilena, manifestada en una muy reciente sentencia. Se revisa el posicionamiento de la corte en lo concerniente a la naturaleza del dolo y al problema de su comprobación procesal, para después examinar su afirmación de la supuesta incompatibilidad entre tentativa y dolo eventual. En cuanto al primer punto, se destacan las deficiencias que exhibe la concepción psicologicista del dolo adoptada por la corte, contrastándola con una concepción débilmente adscriptivista. En lo tocante al segundo punto, se muestra cómo el argumento que la corte aduce para sostener la insuficiencia del dolo eventual para sustentar una responsabilidad por tentativa descansa en una errada interpretación del inc. 3º del art. 7º del Código Penal chileno.

**Palabras clave:** tentativa, dolo, Corte Suprema de Chile.

\* Doctor en derecho, Universidad de Bonn; profesor titular, Departamento de Ciencias Penales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, Chile. Correo electrónico: [jpmanalich@derecho.uchile.cl](mailto:jpmanalich@derecho.uchile.cl)

\*\* Magíster en derecho público, Universidad de Chile; profesora invitada, Área de Ciencias del Derecho, Facultad de Derecho, Universidad Nacional Andrés Bello, Santiago, Chile. Correo electrónico: [aleolave@uchile.cl](mailto:aleolave@uchile.cl)

**Abstract:** We criticize a noticeable line of precedent in the ruling of the Chilean Supreme Court, manifested in a recent decision. The court's stance concerning both the nature of the *mens rea* form known as *dolus* and the problem of its judicial proof is considered before we address its claim of the alleged incompatibility between the structure of criminal attempt and *dolus eventualis*. Regarding the former issue, the drawbacks of the court's psychologicistic understanding of *dolus* are highlighted, for which we contrast it with a weakly ascriptivistic conception. Regarding the latter point, it is shown that the argument presented by the court for asserting the insufficiency of *dolus eventualis* as responsibility criterion for an attempted offense rests upon an incorrect reading of article 7.3 of the Chilean Penal Code.

**Keywords:** criminal attempts, *dolus*, Chilean Supreme Court.

## 1. La sentencia y su contexto

El 10 de noviembre de 2019, en el marco de manifestaciones y protestas que se extendían a lo largo del país con ocasión de lo que la prensa dio en llamar el “estallido social” chileno, el ciudadano estadounidense J.M.C. disparó, en múltiples ocasiones, un arma de fuego apuntando a un grupo de manifestantes en Viña del Mar. Poco antes de que hubiera transcurrido un año, el Tribunal Oral en lo Penal de Viña del Mar condenó al acusado como autor de un homicidio frustrado, de un homicidio tentado, así como de un delito (consumado) de disparo injustificado de un arma de fuego, imponiéndole una pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo por el primer hecho punible, y sendas penas de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo por los dos últimos.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> De acuerdo con lo establecido en los arts. 51 y 52 del Código Penal chileno, la pena susceptible de ser impuesta sobre el autor de un crimen o simple delito frustrado se obtiene rebajando en un grado la pena prevista para el autor del respectivo hecho consumado. A su vez, la pena susceptible de ser impuesta sobre el autor de un crimen o simple delito (meramente) tentado se obtiene rebajando en dos grados la pena prevista para el autor del respectivo hecho consumado; en ambos casos, la rebaja en cuestión ha de practicarse a partir del umbral inferior de la pena legalmente prevista para el crimen o simple delito consumado. Ya que el marco penal asociado a un homicidio simple es de presidio mayor

Conociendo del recurso de nulidad interpuesto por la defensa del condenado, por sentencia de 17 de febrero de 2021 (rol N° 134189-2020) la Corte Suprema (en adelante, también: “la corte”) lo acogió parcialmente por decisión de mayoría, anulando la sentencia pronunciada por el tribunal de Viña del Mar en lo tocante a las primeras dos condenas. A través de la correspondiente sentencia de reemplazo, la corte condenó a J.M.C. como autor de los delitos consumados de lesión corporal simplemente grave y de daño simple, manteniendo además la condena por el delito de disparo injustificado de un arma de fuego.

Tal como se lee en el considerando 2° de la sentencia de nulidad, y para lo que aquí interesa, las circunstancias de hecho que el tribunal había declarado probadas, y que la corte tuvo por establecidas, son las siguientes:

El día 10 de noviembre de 2019, siendo alrededor de las 17:00 horas, se desarrollaba una manifestación pública masiva, en el sector céntrico de Reñaca, en Viña del Mar. En ese contexto, en la intersección de avenidas Ignacio Carrera Pinto y Borgoño, un grupo de manifestantes realizó bloqueos parciales de la calzada, controlando el paso de los vehículos a condición de que una persona (una por cada móvil) previamente descendiera a efectuar bailes o movimientos físicos. Hasta allí llegó [J.M.C.], a bordo de una camioneta [...], la que conducía. El grupo ubicado en el lugar intentó detener su móvil, lo que el acusado evitó acelerando el motor. Sin embargo, unos metros más allá de la referida esquina, por la calle Ignacio Carrera Pinto, se detuvo, extrajo una pistola marca Sig Sauer, Serie N°40806, calibre .40, inscrita a su nombre, sin autorización de porte, con la puerta del conductor del vehículo entreabierta y sin bajarse de la cabina, disparó hacia un grupo de manifestantes, impactando a [L.V.A.], provocándole una herida por proyectil de arma de fuego en muslo izquierdo de carácter grave, que tarda en sanar dos a tres meses con similar tiempo de incapacidad laboral.

en su grado medio (esto es, presidio de diez años y un día a quince años), la rebaja en un grado correspondiente a un homicidio frustrado lleva a una pena de presidio mayor en su grado mínimo (esto es, de cinco años y un día a diez años), mientras que la rebaja en dos grados correspondiente a un homicidio tentado lleva a una pena de presidio menor en su grado máximo (esto es, de tres años y un día a cinco años).

Hecho lo anterior, [J.M.C.] reanudó la marcha del móvil por la misma vía, para volver a detenerse a aproximadamente cien metros más allá, esta vez descendiendo del vehículo, para realizar dos disparos, uno de ellos dirigido al vehículo [...] conducido por [D.M.A.] y en el que también viajaba [N.P.C.], impacto que alcanzó el móvil señalado en su parte delantera izquierda, resultando ambos ocupantes ilesos.<sup>2</sup>

De las causales de nulidad invocadas por la defensa del condenado, aquella que la corte reconoció como base para acoger parcialmente el recurso es la prevista en la letra b) del art. 373 del Código Procesal Penal chileno (en adelante: “CPP”), consistente en que “en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo”. En efecto, la corte validó el argumento esgrimido por el recurrente, según quien los “elementos fácticos” tenidos por probados por el tribunal,<sup>3</sup> aunque en contra de lo sostenido por este, solo harían posible afirmar que J.M.C. actuó con dolo eventual de homicidio. Esto sería insuficiente para sustentar una condena por tentativa o por delito frustrado, puesto que una y otra forma de punibilidad solo serían compatibles con el dolo directo.

La corte insistió, así, en un posicionamiento que ella ha asumido en múltiples fallos anteriores. Ese posicionamiento concierne tanto a la cuestión de qué habría que entender por “dolo” y de cómo se comprueba si se satisfacen sus presupuestos, por un lado, como a la pretendida insuficiencia del dolo eventual para sustentar una imputación por tentativa o por delito frustrado, por otro. El presente comentario está destinado a examinar los argumentos presentados por la corte en lo tocante a cada uno de estos dos puntos.<sup>4</sup>

<sup>2</sup> Cursivas suprimidas.

<sup>3</sup> A saber: el hecho de haberse utilizado un arma de fuego, así como una munición de gran capacidad letal; el hecho de que el acusado haya disparado apuntando hacia una masa densa de personas; el hecho de que se haya tratado de disparos a corta distancia; el hecho de que, al efectuar los disparos, el acusado haya mostrado una actitud desafiante; y el hecho de que le haya sido imposible controlar el curso causal lesivo que desatara con sus disparos (considerando 15°).

<sup>4</sup> No será considerada, en cambio, la calificación del segundo de los homicidios no consumados por los cuales fuera condenado el acusado como (meramente) tentado, y no frustrado, en razón de que esa calificación no llegó a ser, como tal, problematizada por la corte. El punto



Para ello, y con el propósito de simplificar la terminología, ocasionalmente usaremos la expresión “tentativa” en un sentido amplio, para designar tanto lo que el Código Penal chileno (en adelante: “CP”) denomina “tentativa” (*stricto sensu*) como lo que el mismo código llama “delito frustrado”. Esto descansa en que un delito frustrado, tal como esta noción se encuentra definida en el inc. 2° del art. 7° del CP, se corresponde con una tentativa *acabada* (y no voluntariamente desistida), en tanto que lo que el inc. 3° del mismo artículo define como “tentativa” se corresponde con una tentativa *inacabada* (Mañalich, 2017a, pp. 176 ss.; Olave, 2018, p. 176, nota 2).

## 2. El dolo y su comprobación procesal

Sobre el primer punto, en el considerando 16° de su sentencia la corte mantuvo, en términos literalmente coincidentes con lo declarado en algunos de sus fallos anteriores, que

la prueba del dolo —en cuanto se lo concibe como ‘un conglomerado de hechos internos’— es una de las cuestiones más problemáticas en la sede procesal penal, ya que su acreditación en un caso concreto pasa por la necesidad de que se averigüen determinados datos de naturaleza psicológica: se debe averiguar una realidad que, como afirma expresivamente Herzberg, “se encuentra en la cabeza del autor” o, como puntualiza Schewe, se basa en “vivencias subjetivas del autor en el momento del hecho”, unos fenómenos a los que puede y debe accederse en el momento posterior del proceso (Ragués i Vallés, 2002, p. 190).

es digno de mención, empero, en consideración a que en la segunda secuencia de disparos efectuados por el acusado pudieran haberse visto satisfechas, *ceteris paribus*, las condiciones para reconocer una tentativa *acabada* de homicidio, y así un homicidio frustrado.

Según la corte, de la “naturaleza psicológica” del dolo y su localización “en la cabeza del autor” (van Weezel, 2020, pp. 48 ss.) se seguiría que su comprobación procesal solo podría tener lugar a través de indicios, que hagan posible inferir su “presencia” a partir de la conducta del autor. Así, y tal como también se lee en el considerando 16º,

[e]l medio probatorio por excelencia al que se recurre en la praxis para determinar la concurrencia de los procesos psíquicos sobre los que se asienta el dolo no son ni las ciencias empíricas, ni la confesión auto inculpatória del imputado, sino la llamada prueba indiciaria o circunstancial, plasmada en los denominados “juicios de inferencia” (Ragués i Vallés, cit., p. 238). Por su parte, el tratadista Pérez del Valle afirma que “la prueba de la concurrencia en un delito de los elementos subjetivos necesarios para imponer una sanción se desenvuelve en la jurisprudencia en un ámbito necesariamente vinculado a la prueba indiciaria, ya que el objeto de la convicción del tribunal es un elemento que, en principio, permanece reservado al individuo en el que se produce, de modo que para su averiguación o para su confirmación, se requiere una inferencia a partir de datos exteriores” (RDP, 1994, p. 413).

Además de concebir el dolo como un “conglomerado de hechos internos”, y no obstante la manifiesta impertinencia de pretender apoyarse en Ragués para sustentarla,<sup>5</sup> la corte ha sido relativamente consistente en defender una concepción dualista de aquel (Hernández 2011, pp. 71 ss.), identificándolo con la combinación de un elemento “cognitivo”, constituido por la representación de las circunstancias con la que necesitaría contar el agente,<sup>6</sup> y otro “volitivo”, consistente en una actitud emocional referida al estado de cosas de cuya configuración dependa la consumación del delito.

<sup>5</sup> Quien defiende una concepción cognitivista, en cuanto prescinde de la postulación de un componente volitivo o emocional, a la vez que adscriptivista del dolo, cuya “comprobación” dependería de la aplicación de un conjunto de “reglas sociales de atribución de conocimiento” (Ragués, 1999, pp. 357 ss., 362 ss.).

<sup>6</sup> Para una problematización del recurso a la noción de conocimiento en la definición general del concepto de dolo, en atención a sus implicaciones semánticas y epistémicas, véase Mañalich (2020, pp. 24 ss., 29 ss.), donde se favorece una reconstrucción (monista) del dolo

Y una específica modalidad de este segundo componente “volitivo” —o más propiamente: emocional— marcaría, a su vez, la diferencia entre el dolo eventual y la llamada “imprudencia consciente” (Hernández, 2011, pp. 69 ss.). En efecto, y de acuerdo con lo afirmado por la corte en su emblemático fallo del 2 de julio de 2009 (rol N° 3970-2008),<sup>7</sup> el dolo eventual mostraría un *plus* subjetivo consistente en

la conformidad con [el] resultado, su aceptación o aprobación, dada a conocer con la continuación de la conducta peligrosa puesta en marcha, que pudo haber detenido; en otras palabras y como lo señalara Frank en su conocida segunda fórmula, el sujeto se dice a sí mismo, sea así o de otra manera, suceda esto o lo otro, en todo caso actúo; por ende, quien obra con dolo eventual renuncia a su posibilidad de detenerse en el curso desplegado y evitar de este modo la previsible y prevista lesión del objeto jurídico puesto en peligro; al agente no le importan las consecuencias lesivas de su proceder, aceptando que sobrevengan [considerando 14°].

Una particular implicación de semejante concepción a la vez psicologista y dualista del dolo aparece en otra sentencia pronunciada por la Corte Suprema, del 10 de diciembre de 2020 (rol N° 119315-2020). Aquí la corte anuló la sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Colina, que había recalificado el hecho atribuido al imputado —consistente en haber efectuado un número indeterminado de disparos de bala contra un automóvil ocupado por tres personas—, preliminarmente calificado como constitutivo de un delito de daño, como constitutivo de un homicidio frustrado. En su invalidación de la sentencia del tribunal de Colina, la corte

como título (ordinario) de imputación subjetiva fundado en la adscripción de una actitud doxástica consistente en una creencia predictiva.

<sup>7</sup> Se trata de la sentencia que confirmó la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago que condenara, a título de homicidio imprudente, a un guardador y a una educadora de párvulos que se desempeñaban en una “sala cuna”, por haber dado lugar a la muerte de un sietemesino por asfixia resultante de una sofocación, al haber el primero cubierto la boca del menor con una cinta adhesiva con la leyenda “soy un llorón”, encontrándose este al cuidado de la segunda, quien sin remover la cinta posteriormente lo acostó en una cuna. Acerca del fallo de la Corte Suprema, véase Krause (2015); también van Weezel (2011, pp. 44 ss.; 2020, pp. 43 ss.).

afirmó que la recalificación efectuada por el tribunal habría traído aparejada una modificación de los hechos fijados en la acusación, lo cual contravendría lo establecido en el art. 341 del CPP, que consagra el principio de congruencia *qua* exigencia de identidad factual entre el objeto temático de la acusación y el de la sentencia condenatoria (considerando 14°).

Junto con afirmar que el dolo directo sería “el ingrediente subjetivo indispensable para la configuración de un delito frustrado”, la corte observó que la decisión de tener por comprobada la existencia de un dolo directo de homicidio implicaría la adición de “un hecho nuevo y sorpresivo para la defensa, atada [esta] a la descripción fáctica de la acusación” (considerando 14°), consistente ese hecho nuevo en el pretendido “ingrediente subjetivo” que sería codefinitorio de la noción de dolo directo. Esto vuelve manifiesto que la denuncia de una vulneración del principio de congruencia solo es inteligible si se postula, como lo hiciera la corte, que la comprobación procesal del dolo directo dependería del establecimiento de *hechos diferentes* de aquellos en cuyo establecimiento pudiera descansar una comprobación de dolo eventual.

Esto último es algo que necesita ser al menos matizado si se advierte que una concepción psicologicista (de la comprobación) del dolo, como la favorecida por la corte, presenta deficiencias suficientemente serias como para que se justifique su reemplazo por una concepción que cabría caracterizar como débilmente *adscriptivista* (de la fundamentación) del dolo.<sup>8</sup> Esas deficiencias se expresan en que, bajo una concepción psicologicista, la fundamentación del dolo devenga en argumentativamente incontrolable (Ragués, 1999, pp. 259 ss., 271 ss.). Esto vuelve preferible un método de fundamentación del dolo que descansa en la aplicación de un conjunto de indicadores-de-dolo, consistentes en descriptores de “síndromes de

<sup>8</sup> El carácter *débilmente* adscriptivista de la concepción aquí esbozada se expresa en que, bajo esta, el dolo no es *identificado* con un “juicio de imputación”, sino más bien con un título de imputación que descansa en la adscripción de una creencia predictiva referida a la ejemplificación, por parte del comportamiento potencialmente imputable como delictivo, de las propiedades sobre las cuales tendría que supervenir su antinormatividad en cuanto instancia del respectivo género delictivo; al respecto, Mañalich (2020, pp. 18 ss., 31 ss.). En estos términos, el carácter (débilmente) adscriptivo de la operación de fundamentación del dolo no responde al hecho de que, en cuanto título de imputación, el dolo sea inde-

riesgo” específicamente referidos a la realización del respectivo tipo-delito. Puesto que, a diferencia de un *indicio*, cuya relación con aquello de lo cual es indiciario es de naturaleza *empírica*, un *indicador* se encuentra *conceptualmente* conectado con aquello de lo cual es indicativo, la satisfacción del respectivo catálogo de indicadores es aquello en lo que *consiste* una adscripción de dolo, y no algo que deba ser ulteriormente valorado en la aplicación del concepto de dolo.<sup>9</sup>

Lo anterior se traduce en que la base fáctica de una posible adscripción de dolo quede reducida al conjunto de circunstancias cuya comprobación habilitaría al tribunal competente para tener por satisfechos uno o más indicadores-de-dolo. Con ello, la plausibilidad de la sugerencia de que, para el pronunciamiento de una condena por un hecho punible subjetivamente imputable a título de dolo directo, sería insuficiente una base fáctica a su vez (mínimamente) suficiente para sustentar una condena fundada en una adscripción de dolo eventual dependería, críticamente, de que tenga sentido reconocer un catálogo diferenciado de indicadores de dolo directo, en cuanto forma de dolo “más exigente”. Y que esto último tenga sentido depende, a su vez, de que haya razones para diferenciar varias formas de dolo, lo cual tendría que depender de que la respectiva regulación legal imponga, o vuelva necesaria, semejante diferenciación.<sup>10</sup>

pendiente de, o insensible a, los estados mentales atribuibles al agente; se trata, antes bien, de que la creencia predictiva que, en cuanto actitud proposicional, ha de ser atribuible al potencial autor para que el hecho en cuestión le sea imputable a título de dolo es algo cuya *constatación* no es conceptualmente diferenciable de su *adscripción*, tal como ello es predicable, en general, de cualquier actitud proposicional. Con esto, la premisa determinante para advertir el carácter adscriptivo de la operación de fundamentación del dolo se obtiene de consideraciones propias de la filosofía de la mente, y no de consideraciones (inmediatamente) pertenecientes a la dogmática del dolo. Para una revisión contrastiva de las diferentes versiones de una concepción adscriptivista de la fundamentación del dolo reconocibles en la literatura chilena más reciente, véase van Weezel (2021, pp. 192 ss.).

<sup>9</sup> En este punto radica el aspecto crucialmente diferenciador del planteamiento aquí favorecido frente al modelo de “tres peldaños” presentado por Londoño (2020, pp. 422 ss.). Bajo el modelo aquí adoptado, no cabe reconocer más que dos “peldaños”: el de la comprobación de las circunstancias en referencia a las cuales pudieran ser aplicados los correspondientes indicadores-de-dolo, que es *quaestio facti*, y el de la fundamentación de la adscripción del dolo como resultado de la aplicación de los indicadores, que es *quaestio iuris*.

<sup>10</sup> Al respecto, y críticamente, van Weezel (2011, pp. 25 ss., 34 ss., 51).

La demostración de que, contra lo sostenido por la Corte Suprema, el CP no sujeta la punibilidad de la tentativa (*lato sensu*) a la satisfacción de una forma de dolo más exigente que aquella que necesita ser satisfecha para que resulte punible el respectivo delito consumado podría, así, contribuir al desarrollo de una práctica jurisprudencial que uniforme los presupuestos de la imputación subjetiva de cuya satisfacción dependería, “por defecto”, una decisión de condena, identificando esos presupuestos con las condiciones de adscripción de dolo eventual (Mañalich, 2020, pp. 14 ss.).

### 3. ¿Incompatibilidad entre tentativa y dolo eventual?

En la sentencia a cuyo análisis se destina el presente comentario, la corte no llegó a verse enfrentada al problema recién reseñado. Esto, porque la decisión del voto de mayoría pasó, en lo fundamental, por simplemente *negar* que concurriera el “ingrediente subjetivo” que sería distintivo del dolo directo, en consideración a que el condenado habría actuado únicamente con dolo eventual, siendo esta última forma de dolo insuficiente para una imputación a título de tentativa. Tal como ya se anticipara, esta pretendida insuficiencia del dolo eventual para sustentar una imputación a título de tentativa da forma a una línea de decisión claramente reconocible en la jurisprudencia de la corte. Esta queda ejemplificada, entre otras, en su muy polémica sentencia de 11 de julio de 2017 (rol N° 19008-2017), referida a un caso que involucraba una muestra especialmente cruenta de violencia machista. En lo que aquí interesa, la corte desechó la calificación de uno de los hechos atribuidos al condenado como constitutivo de un femicidio frustrado, en razón de la supuesta incompatibilidad que se daría entre esta forma de punibilidad y el dolo eventual (Mañalich, 2017a; Londoño, 2020, pp. 418 ss.).

En congruencia con lo anterior, y pretendiendo contar con el apoyo de “sólidas opiniones doctrinarias”,<sup>11</sup> la corte dedicó los considerandos 18° y

<sup>11</sup> A propósito de lo cual la corte menciona a Novoa y a Garrido como las únicas voces discordantes reconocibles en la discusión doctrinal chilena a este respecto. Ello es acertadamente refutado en el considerando 6° del voto disidente, donde la nómina de autores proclives a reconocer —sea genéricamente, sea en relación con determinadas especies de comportamiento punible— la compatibilidad entre tentativa (*lato sensu*) y dolo eventual es

siguientes de la sentencia ahora analizada a sustentar, una vez más, la tesis de la incompatibilidad, la cual se resumiría en que

tanto el delito frustrado como la tentativa [...] requieren dolo directo en el agente, ya que la etapa de frustración del iter criminis no se diferencia en nada —en el plano subjetivo— de la tentativa, fase que, al exigir hechos directamente encaminados a la consumación, sólo [*sic*] se realiza con dolo directo, esto es, con intención o propósito de lograr la consumación del ilícito, mismo requisito que debe concurrir en la frustración [considerando 18°].

De este modo, la corte fundamentó la pretendida exigencia de dolo directo en lo establecido en el art. 7° inc. 3° del CP, que condiciona la existencia de una tentativa inacabada a que el agente dé “principio a la ejecución del crimen o simple delito por hechos directos”. Así, y en la medida en que “en cuanto al dolo de la frustración, no hay diferencia con el dolo de la tentativa, entonces, aquél se integra con una voluntad dirigida a alcanzar la comisión total, plena, del tipo penal, esto es, dolo directo de consumir la lesión del objeto jurídico protegido” (considerando 18°). De ahí que la corte concluyera

[q]ue de la lectura del motivo décimo cuarto del fallo en alzada es factible desprender que los argumentos tenidos en consideración por los sentenciadores del grado para establecer la concurrencia del dolo directo en el obrar del acusado —*esto es, que el hechor no sólo se representó el resultado de muerte al disparar en contra de los ofendidos, sino que además quiso su materialización*—, son contradictorios con tal hipótesis, toda vez los mismos dan cuenta de aseveraciones que son propias de una conducta diversa de aquella que se pretendió configurar [considerando 21°].<sup>12</sup>

enriquecida con referencias a Politoff, Náquira y Vargas Viancos. Las más recientes tomas de posición ofrecidas en Londoño (2016), Schürmann (2016), y Mañalich (2017a), llevan a que el conjunto en cuestión sea aún más vasto.

<sup>12</sup> Cursivas en el original.

Puesto que el análisis de cada uno de los “elementos fácticos” en los cuales el tribunal *a quo* había pretendido sustentar la comprobación de un dolo directo de homicidio solo haría posible, según la corte, tener por comprobado un dolo eventual de homicidio (véase el considerando 22°), ello bastaría para desestimar una condena por homicidio frustrado o tentado.

El problema está, sin embargo, en que el razonamiento de la corte descansa en una muy sutil maniobra interpretativa que solo puede ser caracterizada como falaz. Pues tal como queda de manifiesto en el pasaje ya reproducido del considerando 18° de su sentencia, la corte nuevamente se permitió parafrasear los términos con los cuales el inc. 3° del art. 7° del CP define el concepto legal de tentativa (*stricto sensu*), de un modo que resulta en una tergiversación de esa misma definición. En efecto, mientras que la disposición legal exige que el agente dé principio a la ejecución del delito “por hechos directos”, la corte argumenta como si esto fuera equivalente a una exigencia de “hechos directamente encaminados a la consumación”.

Con ello, la corte pasa enteramente por alto que la interpretación más plausible de la expresión “por hechos directos” consiste en atribuir a esta cláusula la función de demarcar el inicio de una tentativa frente al ámbito de la llamada “preparación” (Mañalich, 2021, secc. 1). Más precisamente: la exigencia de que el principio de ejecución del delito en cuestión tenga lugar a través de “hechos directos” admite ser tomada como una exigencia de *inmediatez-de-acción*, en el sentido de que solo puede reconocerse como iniciada una tentativa si el agente, de acuerdo con su representación de las circunstancias, se encuentra en una situación en la que pueda ejecutar la acción que habría de realizar el tipo (Mañalich 2019a, pp. 828 ss., 832 ss.).

Si hubiera que mostrar caridad interpretativa hacia la tergiversación de la formulación legal del criterio de reconocimiento de un inicio de la tentativa (*stricto sensu*) en la que —literalmente— reincidió la Corte Suprema en el fallo aquí considerado (Mañalich, 2017a, p. 177), cabría reparar en que la estructura de una tentativa inacabada efectivamente vuelve necesario que al autor pueda atribuirse una intención distintiva, a saber: la intención de completar la ejecución de la acción en la que, objetivamente, habría de consistir el delito (Mañalich, 2019b, pp. 30 ss., 37 ss.). La necesidad de que



al agente pueda adscribirse esta intención distintiva, cuya denominación dogmática más extendida es la de “resolución-al-hecho”, se sigue de la propia definición del concepto de tentativa (*stricto sensu*) plasmada en el inc. 3º del art. 7º: que de acuerdo con esta definición una tentativa, *qua* tentativa inacabada, se caracterice por la circunstancia de que, a pesar de haberse dado principio a la ejecución del delito “por hechos directos”, para el condicionamiento de la consumación del delito hayan “falt[ado] uno o más [hechos asimismo directos] para su complemento”, determina que la tematización de semejante tentativa del delito en cuestión solo sea inteligible con cargo a la hipótesis de que el agente se encontraba resuelto a completar esa ejecución. Y esta hipótesis se ve corroborada cuando resultan satisfechas las condiciones para atribuir la correspondiente resolución-al-hecho al potencial autor.

Lo anterior vuelve manifiesto que la corte yerra al pretender equiparar los presupuestos subjetivos de una tentativa (*stricto sensu*) y de un delito frustrado (considerando 28º). Pues que sea definitorio de un delito frustrado que el agente haya puesto “de su parte todo lo necesario para que el delito se consuma” determina que, para que se satisfaga la definición del inc. 2º del art. 7º del CP, sea necesario que la ejecución de la acción que, según la representación que el agente haya tenido de las circunstancias, habría podido realizar el tipo haya de considerarse *completada*. En esto consiste el hecho de que un delito frustrado se corresponda con una tentativa *acabada*. De ahí que para la configuración de un delito frustrado no sea en absoluto necesario siquiera preguntar si al autor podía atribuirse una resolución-al-hecho, precisamente porque aquí el autor ha llegado a completar la ejecución de una acción que, según su representación de las circunstancias, tendría que haber sido suficiente para hacer relevantemente probable la consumación del delito. Tratándose de una tentativa acabada, la exigencia de una resolución-al-hecho resulta, por ello, enteramente superflua.

Pero aun restringiendo el foco a la tentativa inacabada, cuya estructura sí exige la actualización de una intención previa en la forma de una resolución-al-hecho, es un error extraer de esta exigencia la supuesta necesidad de un dolo directo. Para advertir por qué, considérese el caso siguiente (Mañalich, 2019b, pp. 45 ss.):

A pretende ejercitar su puntería en el arte del disparo con una escopeta, para lo cual selecciona un blanco ubicado a una distancia tal que para A resulta dudoso si se trata de un espantapájaros, como él quisiera que fuera, o en cambio de un trabajador agrícola que pudiera encontrarse de pie, contemplando el horizonte. Tras apuntar hacia su objetivo, y en el instante de empezar a mover su dedo índice para tirar del gatillo, un tercero, que tampoco sabe si aquello contra lo cual A está *ad portas* de disparar consiste en un espantapájaros o un ser humano vivo, se lanza sobre A, botándolo al suelo e impidiendo así que este logre disparar.

Es claro que, al disponerse a efectuar el disparo, A no tenía la intención —sea última o intermedia— de matar a otro ser humano, puesto que lo que él perseguía era, únicamente, que el proyectil por él disparado impactara en el “blanco”. Esto tendría que bastar para descartar una adscripción de dolo de homicidio en la forma de un dolo directo de primer grado (o dolo “de propósito”). Al mismo tiempo, la circunstancia de que para A haya sido dudoso que aquello contra lo cual se disponía a disparar fuera o bien un espantapájaros o bien un ser humano (vivo) lleva a que también deba descartarse un dolo de homicidio en la forma de un dolo directo de segundo grado (o dolo “de las consecuencias necesarias”). Antes bien, a A solo cabe atribuir un dolo de homicidio en la forma de un dolo eventual, a pesar de que todo habla a favor de atribuirle, al mismo tiempo, la requerida resolución-al-hecho, constituida por la intención de disparar contra aquello que identificaba como el respectivo “blanco”.

Que la coexistencia de esta resolución-al-hecho y de un dolo (solo) eventual de homicidio no debería dar lugar a perplejidad alguna, se sigue de que la descripción de lo que A estaba *ad portas* de hacer bajo la cual cabe atribuirle la intención en la que consistía la resolución-al-hecho no coincide con la descripción que confería potencial significación delictiva a ese mismo disparo, siendo esta última descripción la determinante para fundar la correspondiente adscripción de dolo.<sup>13</sup> Bajo la descripción del inminente

<sup>13</sup> Esto se explica por el hecho de que los verbos y en general las expresiones lingüísticas de las cuales se vale quien adscribe actitudes proposicionales o en general “estados intencionales” —como lo son tanto una intención (*stricto sensu*) como una creencia— a alguien sean expresiones cuyo uso distintivamente genera contextos intensionales (en oposición

disparo como “disparar contra algo que es o bien espantapájaros o bien un ser humano (vivo)”, A tiene la intención de efectuar el disparo, mas no bajo su descripción como “matar a un ser humano (vivo)”. Esta última es una descripción cuya satisfacción a través del disparo que él se disponía a efectuar solo viene en consideración como el objeto de una creencia predictiva —no revestida de una “seguridad rayana en la certeza”— atribuible a A, en la medida en que, con base en el correspondiente catálogo de indicadores de dolo de homicidio, pueda decirse que, al empezar a tirar del gatillo del arma, A se representaba estar empezando a hacer algo a través de lo cual, en caso de lograr completar el disparo, él habría generado un concreto riesgo de muerte para otro ser humano.

Con ello, la tentativa inacabada de homicidio imputable a A se constituye a través de un comportamiento consistente en haber dado inicio a la realización de la intención de disparar un arma de fuego en una determinada dirección, *a pesar* de serle atribuible la creencia predictiva de que ello *eventualmente* habría de resultar en la muerte de otro ser humano. Esto muestra que, en contra de lo sostenido por la Corte Suprema, la estructura de la tentativa inacabada es compatible con el dolo eventual. Y ya contamos con una explicación suficientemente precisa de lo que subyace a su resistencia a reconocer esa compatibilidad, a saber: la confusión de la resolución-al-hecho en cuanto criterio de compensación del carácter inacabado de la tentativa en cuestión, por un lado, con el dolo en cuanto criterio de imputación subjetiva, por otro. No estaría de más observar que esa confusión tiene consecuencias más vastas que las que la corte se muestra dispuesta a asumir. Pues en la medida en que la supuesta exigencia de dolo directo sea identificada con la exigencia de una “intención o propósito de lograr la consumación del ilícito”, de ello tendría que seguirse que también quede des-

a extensionales), esto es, contextos en los cuales la verdad de la oración empleada en la adscripción de la respectiva actitud o estado intencional no se ve necesariamente preservada si la descripción de su objeto es reemplazada por una descripción coextensiva. A modo de ejemplo: que Edipo llegara a formarse la intención de matar al viajero con el cual se cruzara en su camino hacia Tebas, no implica que Edipo haya llegado a formarse la intención de matar a Layo, su padre, a pesar de que el viajero con el cual Edipo se cruzara en el camino era (idéntico a) Layo, su padre.

cartada la posibilidad de una tentativa con dolo directo de segundo grado.<sup>14</sup> Y esto vuelve todavía más implausible esa misma identificación.

La denuncia de este fundamental yerro argumentativo que exhibe la sentencia aquí comentada deja intacto, por cierto, el optimismo que suscita el voto de minoría suscrito por el ministro Brito y el abogado integrante Munita. En el ínterin, ese optimismo se ha visto afianzado por la sentencia que la corte pronunció, por decisión de mayoría, el pasado 5 de mayo de 2021 (rol N° 16.945-2021) —apenas transcurrido un poco más de dos meses desde que fuera dictado el fallo aquí comentado—, y que en lo fundamental reprodujo el argumento presentado en el voto de minoría de Brito y Munita para sostener la compatibilidad entre tentativa (*lato sensu*) y dolo eventual. Con todo, el optimismo queda opacado por el hecho de que en ese todavía más reciente fallo de mayoría no haya sido siquiera tematizada la línea de decisión de la cual, por el momento, la corte

<sup>14</sup> A este respecto se suscita, con todo, una dificultad en la interpretación de lo sostenido por la corte. En el considerando 21° de su sentencia, y con base en el elemento fáctico constituido por la “utilización del arma de fuego”, ella afirmó que “el encartado debió a los menos representarse que el uso de un arma de fuego a corta distancia podía ocasionar la muerte del ofendido L.A.V., fundamento que por cierto es propio de un obrar con dolo indirecto”. La dificultad surge en razón de que no es infrecuente que, en la discusión doctrinal chilena, por “dolo indirecto” se entienda el llamado “dolo directo de segundo grado”; véase Etcheberry (1997, p. 297); Garrido (2003, p. 79); Hernández (2011, p. 70). Sin embargo, la circunstancia de que la expresión en cuestión haya sido usada por la corte para designar una forma de dolo que se vería configurada por el hecho de que el acusado “debi[era] representarse” que su acción “podía ocasionar la muerte” de la víctima habla a favor, más bien, de tomarla en el sentido en que, más tradicionalmente, el *dolus indirectus* viene en consideración como la forma embrionaria de lo que hoy denominamos “dolo eventual”. Sobre ello, véase solamente Puppe (2010, pp. 44 ss.), quien ofrece una descripción de la transición conceptual que lleva de la construcción del *dolus indirectus* al reconocimiento del *dolus eventualis*. Esta hipótesis interpretativa se ve decisivamente corroborada por el hecho de que, en el contexto del mismo considerando 21° de su sentencia, la corte observara que las disquisiciones con las cuales el tribunal había pretendido sustentar la afirmación de que el acusado “quiso” la materialización del resultado de muerte, con base en su experticia en el manejo de armas de fuego, funcionarían más bien como argumentos “que descartan la existencia de un dolo directo y reafirman la concurrencia en la especie de uno de carácter eventual”. Precisamente porque la corte parece reducir la contraposición relevante al contraste entre el dolo directo de primer grado y el dolo eventual, ella pasa por alto el lugar que, según su propio razonamiento, tendría que ocupar el dolo directo de segundo grado.

se ha distanciado a través de semejante drástico giro. Y esto parece volver aconsejable mantener algún grado de escepticismo en cuanto a la perdurabilidad de ese mismo giro.

En lo que ahora interesa, el precedente inmediato del voto de minoría con el cual Brito y Munita disintieron de la sentencia aquí analizada lo representa el excepcionalmente bien fundado voto que emitiera el entonces ministro Juica en su disidencia a lo resuelto por la corte mediante su sentencia, ya aludida, del 11 de julio de 2017 (Mañalich, 2017a, p. 178). El argumento por ellos esgrimido en defensa de la compatibilidad entre la forma de punibilidad de la tentativa *lato sensu* y el dolo eventual apunta, en efecto, al factor dogmáticamente crucial. Citando la autoridad de Max Ernst Mayer, el ministro Brito y el abogado integrante Munita sostuvieron que “el dolo de la tentativa es el mismo dolo de la consumación, como quiera que la tentativa no es un delito en sí mismo, sino forma imperfecta de un delito determinado, un tipo dependiente de otro autónomo, que yace en la Parte especial” [considerando 5º].<sup>15</sup>

Que esta es la consideración decisiva para rechazar la tesis asumida en el voto de mayoría, se sigue de que ella concierne a la relación en la que se encuentran la categoría de la consumación, por un lado, y las categorías de la frustración y la tentativa (*stricto sensu*), por otro.

Que un hecho punible cuente como consumado, como frustrado o como (meramente) tentado, solo es susceptible de ser constatado *ex post*. Esto, porque solo *ex post* es posible determinar si el comportamiento imputable al agente llega a satisfacer, o no, la descripción de cuya satisfacción dependería que ese comportamiento realice (antijurídicamente) el tipo de que se trate (Mañalich, 2017b, pp. 475 ss.). De ahí que solamente el autor del homicidio consumado pueda ser responsabilizado de haber producido la muerte de otro ser humano.

Lo anterior descansa en que la consumación de un homicidio no es otra cosa que la *congruencia* entre la descripción que termina siendo verdadera

<sup>15</sup> Que el pretendido “tipo dependiente” de la tentativa se corresponde, más bien, con un “esquema” de punibilidad dependiente, que como tal necesita ser puesto en relación con algún “tipo legal” que especifica una forma de comportamiento autónomamente dotada de significación jurídico-penal, lo advirtió perspicazmente Beling (1930). Al respecto, Mañalich (2017b, pp. 467 ss.).

del comportamiento imputable a su autor y la descripción que especifica el objeto de la creencia predictiva en virtud de la cual el mismo comportamiento le es imputable a título de dolo. De ahí que la consumación de un homicidio se corresponda con la realización del riesgo de muerte que el agente, sobre la base de su representación de las circunstancias, pudo decidir no generar, pero que decidió, no obstante, generar.

La falta de esa misma congruencia es definitiva, en cambio, de una tentativa (*lato sensu*) de homicidio. Pero tal como lo sugiere el voto de minoría, el autor de una tentativa de homicidio se comporta de un modo que hace reconocible exactamente la misma decisión que aquella que adopta el autor de un homicidio consumado. Y si la decisión de generar el correspondiente riesgo concreto de muerte para otro ser humano es idéntica en uno y otro caso, entonces es muy difícil explicar que un agente que alcanzó —tratándose de un homicidio frustrado— o comenzó —tratándose de un homicidio (meramente) tentado— a implementar esa decisión, no haya de ser responsabilizado por haberse comportado de un modo que, de haber resultado verdadera la creencia predictiva que le era atribuible, habría dado lugar a la muerte de otro ser humano.

## Bibliografía

- Beling, E. (1930). *Die Lehre vom Tatbestand*. Tübingen: J.C.B. Mohr, Paul Siebeck.
- Etcheberry, A. (1997). *Derecho Penal. Parte General*, Tomo I (3ª ed.). Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Garrido, M. (2003). *Derecho Penal. Parte General*, Tomo II (3ª ed.). Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Hernández, H. (2011). Art. 1º. En J. Couso y H. Hernández (dirs.), *Código Penal Comentado. Parte General* (pp.10-105). Santiago: Abeledo Perrot y Legal Publishing.
- Krause, M. S. (2015). Caso “cinta adhesiva” y la no aceptación de la Muerte. En T. Vargas (dir.), *Casos Destacados de Derecho Penal. Parte General* (pp. 105-112). Santiago: Thomson Reuters.

- Londoño, F. (2020). Tres peldaños para la prueba del dolo. Consideraciones a propósito de un polémico caso de femicidio frustrado. En A. Perin (ed.), *Imputación penal y culpabilidad* (pp. 413-436). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Londoño, F. (2016). Estudio sobre la punibilidad de la tentativa con dolo eventual en Chile. ¿Hacia una noción de tipo penal diferenciado para la tentativa? *Revista de Ciencias Penales* 93(3), 95-130. Disponible en: <http://revistadecienciaspenales.cl/wp-content/uploads/2018/04/Derecho-y-Ciencias-Penales-5.pdf>
- Mañalich, J. P. (2021). Principio de ejecución e inmediatez-de-acción. *Revista de Derecho (Coquimbo. En línea)*, 28, e3480. Disponible en: <https://revistaderecho.ucn.cl/index.php/revista-derecho/article/view/3480>
- Mañalich, J. P. (2020). El dolo como creencia predictiva. *Revista de Ciencias Penales* LXVII (1er semestre), 13-42. Disponible en: <http://revistadecienciaspenales.cl/wp-content/uploads/2020/12/Revista-CP-Primer-Semestre-2020-correcta-21-49.pdf>
- Mañalich, J. P. (2019a). Inicio de la tentativa y oportunidad-para-la-acción. *Revista Chilena de Derecho*, 46(3), 821-844. Disponible en: <http://ojs.uc.cl/index.php/Rchd/article/view/27143>
- Mañalich, J. P. (2019b). Tentativa y resolución-al-hecho. *Isonomía*, 51, 29-64. Disponible en: <http://www.scielo.org.mx/pdf/is/n51/1405-0218-is-51-00029.pdf>
- Mañalich, J. P. (2017a). ¿Incompatibilidad entre frustración y dolo eventual? *Revista de Estudios de la Justicia*, 27, 171-182. Disponible en: <https://rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/47965>
- Mañalich, J. P. (2017b). La tentativa de delito como hecho punible. *Revista Chilena de Derecho*, 44(2), 461-493. Disponible en: <http://ojs.uc.cl/index.php/Rchd/article/view/4290/3996>.
- Olave, A. (2018). El delito de hurto como tipo de delito de resultado. *Política Criminal*, 13(25), 175-207. Disponible en: <http://politcrim.com/wp-content/uploads/2019/04/Vol13N25A5.pdf>
- Puppe, I. (2010). *La distinción entre dolo e imprudencia* (trad. de M. Sancinetti). Buenos Aires: Hammurabi.
- Ragués, R. (1999). *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: J. M. Bosch.

- Schürmann, M. (2016). Comentario de sentencia rol N° 2512-2015 de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de San Miguel: La punibilidad del homicidio frustrado cometido con dolo eventual. *Revista de Ciencias Penales*, XLIII(2), 273-282. Disponible en: <http://revistadecienciaspenales.cl/wp-content/uploads/2018/04/Corte-de-Apelaciones-5-1.pdf>
- van Weezel, Á. (2021). Intención, azar e indiferencia. El dolo no intencional en la dogmática penal chilena del siglo XXI. *Ius et Praxis*, 27(1), 190-209. Disponible en: <http://www.revistaeipraxis.cl/index.php/iepraxis/article/view/1588>
- van Weezel, Á. (2020). Una vez más sobre la distinción entre dolo e imprudencia: los casos en que el agente no persigue la realización del tipo penal. *Revista de Ciencias Penales*, XLVII(2), 43-72. Disponible en: <http://revistadecienciaspenales.cl/wp-content/uploads/2020/12/Revista-CP-Primer-Semestre-2020-correcta-51-79.pdf>
- van Weezel, Á. (2011). El dolo eventual como espacio de discrecionalidad. *Doctrina y Jurisprudencia Penal*, 7, 23-52.



*Sección III*

**DISCUSIONES:  
LIBROS**



***Sobre Problemas en torno a la desigualdad.  
Un enfoque poliédrico, de Esteban Llamosas  
y Guillermo Lariguet (eds.)***

*On Problemas en torno a la desigualdad. Un  
enfoque poliédrico, by Esteban Llamosas and  
Guillermo Lariguet (eds.)*

Ilse Carolina Torres Ortega\*

Recepción: 03/07/2021

Evaluación: 30/07/2021

Aceptación final: 18/08/2021

**Resumen:** En esta reseña se presentan y articulan algunas de las aportaciones contenidas en el libro *Problemas en torno a la desigualdad. Un enfoque poliédrico*. Esta obra, coordinada por Esteban Llamosas y Guillermo Lariguet, reúne una serie de trabajos elaborados por profesoras y profesores de la Universidad Nacional de Córdoba que, desde el ámbito de la sociología, de la psicología y la filosofía política, y de la historia y la sociología del Derecho, reflexionan sobre los retos de las desigualdades y la posibilidad de acción sobre ellas.

**Palabras clave:** desigualdades, igualdad, agencia, percepción, transformación social.

\* Doctora en Derecho por la Universidad de Alicante. Profesora investigadora en el Departamento de Estudios Sociopolíticos y Jurídicos del Instituto Tecnológico de Estudios Superiores de Occidente (ITESO) (Jalisco, México) y miembro del Sistema Nacional de Investigadores de México. Código ORCID: 0000-0002-5929-9137. Correo electrónico: torresilsse@iteso.mx

**Abstract:** This review presents and articulates some of the contributions contained in the book *Problemas en torno a la desigualdad. Un enfoque poliédrico*. This work, coordinated by Esteban Llamosas and Guillermo Lariguet, brings together a series of papers written by professors from the National University of Córdoba who, from the fields of sociology, psychology and political philosophy, and the history and sociology of law, reflect on the challenges of inequalities and the possibility of action on them.

**Keywords:** inequalities, equality, agency, perception, social transformation.

## 1. Introducción

A día de hoy resultan cada vez más habituales en el discurso público ideas como las expresadas por Milton y Rose Friedman en *Free to Choose*: “La vida no es justa. Es tentador creer que el gobierno puede rectificar lo que la naturaleza ha engendrado. Pero también es importante reconocer lo mucho que nos beneficiamos de la misma injusticia que deploramos” (1980, p. 137). Para muchos lectores, palabras como las anteriores pueden resultar burdas, incluso escandalosas; sin embargo, reflejan una actitud bastante extendida socialmente que pretende justificar la injusticia, naturalizándola y presentándola como éticamente neutral. Estamos tan habituados a las injusticias que estas han pasado a formar parte del paisaje moral del mundo y de la vida en común.

La afirmación y la aceptación de que la vida es injusta y de que siempre lo será nos lleva directo a los derroteros de las desigualdades. Ya Aristóteles establecía que lo injusto es desigual (1998, p. 249). Las desigualdades están tan enraizadas en nuestra historia y en el día a día de nuestras acciones más cotidianas que resulta sencillo no solo habituarse a ellas, sino buscar explicaciones y justificaciones que terminan por perpetuarlas, incorporándolas al entendimiento de lo que es y debe ser la humanidad. Así, al igual que con las palabras de Friedman, se alienta un discurso del cinismo respecto a que las personas y sus circunstancias de vida son inevitablemente desiguales, quedando en las manos de cada uno beneficiarse o perjudicarse de ello.

El libro *Problemas en torno a la desigualdad. Un enfoque poliédrico* coordinado por Esteban Llamosas y Guillermo Lariguet (2020) es un

esfuerzo por refutar todo lo anterior. Las personas, las cosas, las circunstancias están atravesadas por profundas desigualdades —entendidas en el sentido descriptivo de propiedades ontológicas—, pero hay algunas de ellas que dan lugar a estados de cosas y tratamientos que resultan intolerables en comunidades que erigen un compromiso con una ética de mínimos.<sup>1</sup> Se trata de esas desigualdades que —siguiendo el título del texto de Cristián Fatauros, incluido en el libro “Las desigualdades que nos duelen, ¿son acaso desigualdades que deberíamos tolerar?” (pp. 93-106)— “nos duelen” porque detrás de ellas hay seres humanos que padecen, oportunidades que se ven coartadas y planes de vida que ni siquiera llegan a concebirse. Hay desigualdades que configuran el mundo en que vivimos, pero también el mundo que percibimos.

Esta obra coordinada agrupa una serie de trabajos elaborados por profesores de la Universidad de Córdoba, Argentina, en un diálogo académico a propósito de la desigualdad y el Derecho. Estas profesoras y profesores se acercan desde distintas perspectivas, formaciones e intereses a un fenómeno que, aunque extremadamente familiar, parece tener poca relevancia en la deliberación pública, siendo necesario introducirlo en esta cuanto antes. Sin embargo, tal y como indica Hugo Seleme en su capítulo, “El lugar de la democracia y la magnitud de la desigualdad” (pp. 79-92), para que un problema social se convierta en un problema público es necesario que sea percibido adecuadamente por la ciudadanía. De otra forma, “el mal se vuelve invisible, la invisibilidad lo hace intangible y la intangibilidad, finalmente, lo transforma en invencible” (2020, p. 79).

Las desigualdades conforman un fenómeno tan complejo que lleva a las autoras y autores del libro a revisar su instrumental disciplinario y a reconocer que se requiere de muchas más herramientas teórico-prácticas para dar cuenta de las desigualdades y para intentar paliarlas. Me atrevería a decir que en esto último recae el rasgo característico de la obra. A este esfuerzo por comunicar y desdibujar las barreras del conocimiento, sub-

<sup>1</sup> Aquí hago referencia a la distinción planteada por A. Cortina y E. Martínez entre ética de máximos (que se refiere a lo bueno, a las éticas de la felicidad que intentan ofrecer ideales de vida buena) y la de mínimos (referida a lo justo, a aquellos deberes de justicia que pueden ser exigibles a cualquier ser racional) (2001, p. 117).

yace una aserción en común: que el trabajo investigativo —la reflexión, el diálogo y la acción con otros— tiene el potencial de cambiar el estado de las cosas. No se trata, pues, de un ejercicio de erudición frívolo, sino de una acción del académico comprometido que aspira a la transformación social.<sup>2</sup>

El libro se divide en dos grandes apartados. El primero denominado “Hacia una teoría de la(s) desigualdad(es)” pretende aportar elementos de reflexión sobre “aquello que puede conceptual, empírica, histórica o normativamente contar como una desigualdad” (Llamosas y Lariguet, 2020, p. 10). La segunda parte, bajo el título “Dimensiones aplicadas al problema de la desigualdad” recoge algunos ejemplos de teoría aplicada, subrayando las dificultades y debilidades que median en esta aplicación. Debido a que son innumerables las aportaciones contenidas en esta obra y a que sería poco sistemático intentar dar cuenta de todas ellas, a continuación, presento una serie de tópicos que, me parece, recogen algunas de las principales preocupaciones en común de estos diversos aportes. El objetivo de agrupar las ideas de esta forma es intentar hacer justicia al libro, mostrando el calado de las problemáticas que aborda. También y especialmente invitar al lector de esta reseña a acercarse a la obra y a participar en la construcción del conocimiento sobre las desigualdades.

## 2. Desigualdades y ausencia de igualdad

Una de las cuestiones que se ponen de manifiesto desde las primeras páginas de la obra es la necesidad de plantear la desigualdad —las desigualdades— como una problemática que requiere de cierta autonomía en su estudio. Por así decirlo, es preciso tematizar las desigualdades. El enfoque de las desigualdades entendidas solo como la ausencia de igualdad no logra

<sup>2</sup> En esto sigo la tipología de *intelectuales* propuesta por Guillermo Lariguet (2018). El intelectual comprometido no es aquel que milita en un partido o forma parte del gobierno en turno, sino aquel que posee un compromiso cívico resultado de conjugar virtudes intelectuales (poder reflexivo fuerte, no ingenuidad, falta de ceguera o sordera a las buenas razones de los otros) con virtudes morales (como la humildad, la valentía, la integridad) que le llevan a mantener una participación activa en la vida democrática, pero desde una posición crítica (p. 198).

dar cuenta de la magnitud del fenómeno y, además, metodológicamente dificulta su abordaje. Tal y como indica Lariguet en “Prólogo. La desigualdad: una triste e infinita melodía” (2020, pp. 13-29), a diferencia del término *igualdad*, que suele ir acompañado de calificativos finitos, resultado de la intensa reflexión que ha permitido distinguir y acotar sus diversas dimensiones de análisis, en el caso de la palabra *desigualdad* dichos calificativos parecen ser infinitos: “así como el espectro de los dolores del alma es amplísimo, variado, profuso, el rango de cuentas pendientes en materia de igualdad es tan bochornosamente grande, que las predicaciones de lo desigual son casi infinitas” (p. 15). Con el ánimo de avanzar en la concreción de lo infinito de las desigualdades, en el libro se presentan reflexiones desde el ámbito de la sociología, de la psicología y la filosofía política, y de la historia y la sociología del Derecho, refiriendo con ello un objeto de estudio diferenciado, susceptible de ser estudiado desde distintas perspectivas.

Sin embargo, esto no quiere decir que la reflexión sobre el valor de la igualdad como tal se encuentre ausente. El trabajo de Esteban Llamosas, “Las desigualdades jurídicas: de naturales a invisibles, entre el Antiguo Régimen y la codificación” (2020, pp. 65-78), por ejemplo, pone de manifiesto el contraste entre dos maneras distintas de concebir la igualdad. Una en la que la igualdad no es el referente inmediato de la justicia, sino el criterio que permite reconocer y establecer ciertas diferencias naturales entre los seres humanos que asignan estatus distintos a los miembros de un grupo social. La otra concepción ve en la igualdad un presupuesto de los ideales liberales, aunque sea solo una igualdad normativa, declarada en los textos fundantes del orden social. Una aproximación semejante la encontramos en el texto de Cristián Fatauros, quien destaca el papel fundamental del valor de la igualdad en el ámbito jurídico, ya que se trata de un presupuesto de la justicia y de la posibilidad de la democracia. A partir de la igualdad se establece la prerrogativa elemental de moralidad pública de tratar a la ciudadanía con igual respeto y consideración. Esta igualdad de trato y de derechos es la base de la legitimidad de cualquier gobierno, aunque esto contraste con el desprecio y la sospecha que suscita hablar de igualdad en un ambiente asediado por la concepción del mérito y de la responsabilidad individual como criterios de distribución de bienes y ventajas sociales. Y es así que: “cualquier atisbo de mención de políticas sociales que tengan

como objetivo promover la igualdad de las personas automáticamente es atacada y denostada por ‘populista’ o ‘socialista’” (Fatauros, 2020, p. 94).

El trabajo de Marisa Fassi y Angélica Peñas, “Colonialidad y pandemia 2.0. Retos para repensar los relatos sobre el trabajo sexual en Argentina” (2020, pp. 109-121), con su invitación a revisar y desconfiar de los binomios, resulta sugerente para revisar cómo la dicotomía igualdad/ausencia de igualdad tiene efectos totalizadores en cada categoría que vienen a desdibujar las complejidades y las relaciones de poder que hay entre ellas. Las desigualdades no pueden entenderse solo como la ausencia de igualdad porque hay múltiples ocasiones en las que el camino hacia la justicia es el reconocimiento de la diferencia y su dignificación. La urgencia por reconducir esas desigualdades hacia la igualdad lleva con frecuencia a ejercicios de simulación que terminan por oprimir e invisibilizar a determinados colectivos. En definitiva, dedicar todos los esfuerzos intelectuales hacia la comprensión del valor de la igualdad, pensando que con ello se abarca el vasto terreno de las desigualdades es reduccionista e impide analizar sus causas y consecuencias, también a proponer acciones para mitigarlas. Hay desigualdades que no podemos eliminar, pero sobre las cuales podemos intervenir para prevenirlas o contener sus efectos. Esto, sin embargo, exige un conocimiento y una sensibilidad mayor en torno a los mecanismos que las configuran y las perpetúan.

### 3. Agencia moral vs. mero azar

Una vez iniciado el estudio diferenciado de las desigualdades, una cuestión fundamental a determinar es la distinción de tipos de desigualdades. Como se mencionó anteriormente, sin embargo, hay desigualdades que tienen que ver con la diferencia de características entre los seres y las cosas. Hay características que se comparten y otras que no. Es este un sentido puramente descriptivo de igualdad y desigualdad. Pero hay otras desigualdades que trascienden esa dimensión descriptiva y llegan hasta lo normativo. Esas desigualdades apelan entonces a un trato diferenciado; *i. e.* establecen una diferencia normativa entre los seres humanos.



Algunas de estas desigualdades pueden considerarse justificadas si, por ejemplo, mejoran la situación de los menos favorecidos, como lo propone el segundo principio de justicia de John Rawls (1999). Sin embargo, hay desigualdades que establecen una forma de estar en el mundo en la que unos tienen beneficios y privilegios extendidos, a cambio de que otros resientan las cargas y las dificultades. Son estas últimas las desigualdades que no parecen estar justificadas y que difícilmente puede entenderse que sean toleradas en nuestras comunidades políticas. No obstante, a cualquier intento de tipología de las desigualdades subyace una reflexión más amplia respecto al criterio para discriminar cuándo una desigualdad está o no justificada.

Uno de los criterios más socorridos para hacer esta evaluación consiste en el mérito y la responsabilidad individual. De acuerdo con este criterio, aunque es cierto que las circunstancias de vida de las personas son dispares y que algunas son mejores que otras, llega un momento en que nuestra fortuna o desgracia solo es atribuible a nosotros mismos. Sin embargo, “lo que es merecido” puede entenderse de diversas formas. Por ejemplo, Michael Sandel ha popularizado los peligros de la “tiranía del mérito”, la soberbia meritocrática que legitima una política de la humillación ejercida por los “ganadores” sobre los “perdedores”: “La idea de que nuestro destino está en nuestras manos, de que ‘puedes conseguirlo si pones empeño en ello’, es una espada de doble filo: inspiradora por uno de sus bordes, pero odiosa por el otro. Congratula a los ganadores, pero denigra a los perdedores y afecta incluso a la percepción que estos tienen de sí mismos” (Sandel, 2020, p. 14). Hay también algunas versiones más edificantes. Lariguet, por ejemplo, nos recuerda cómo lo merecido desde la teoría clásica de la justicia aristotélica tiene que ver con lo justo y que, en ese sentido, merecer se acerca a la idea de agencia, a la intuición básica de que somos actores de nuestro propio destino (Lariguet, 2020, p. 22).

La noción de agencia moral es tan relevante en nuestra forma de entender la vida —en sus dimensiones autorreferente e intersubjetiva— que resulta controversial concederle al azar un papel destacado en nuestras trayectorias vitales. Por una parte, aceptar que nuestra buena o mala fortuna está fuera de nuestro control implica aceptar una forma de indeterminismo filosófico —todo es azaroso— y, al tiempo, negar la posibilidad del libre

albedrío. Sin embargo, ignorar el papel que juega el azar y su arbitrariedad moral invisibiliza desigualdades estructurales que repercuten especialmente en los menos afortunados. La neutralización del peso de la suerte probablemente tiene mucho que ver con aquello que Gonzalo Assusa, en “El ser social y la consciencia. Preguntas sobre la dimensión simbólica de la desigualdad social” (2020, pp. 33-49), denuncia en su trabajo: la posición y la autopercepción en la estructura social no suelen coincidir. Hay un porcentaje muy alto de la población que se considera clase media, una tendencia a rechazar la autopercepción de pobreza y una negación por parte de las élites a declararse como la clase privilegiada. Esta distorsión se vincula con los estigmas que acompañan a las categorías: ya sea por la pesada carga de aceptar que uno merece su posición menos privilegiada o por la irritación que genera ver cuestionado el mérito sobre su mejor posición.

Cristián Fatauros también aborda esta cuestión. Los discursos igualitarios despiertan recelo porque, en principio, parecen desincentivar el esfuerzo y la ambición en el proyecto vital. Además, en esta línea, las políticas igualitarias parecen una especie de reivindicación de la envidia que sienten los menos afortunados ante el éxito de otros. Fatauros nos recuerda el argumento rawlsiano de que el azar natural y las contingencias sociales son factores moralmente arbitrarios y que, por tanto, no pueden constituir criterios de distribución de los bienes sociales. Incluso la disposición al esfuerzo parece estar influida por múltiples factores, por lo que no es posible afirmar de manera concluyente que nuestra buena o mala fortuna depende del esfuerzo que pongamos en ello. Sin embargo, esta posición bien puede ser matizada a partir de la de otros autores para quienes algunas desigualdades no son resultado del mero azar, sino de decisiones voluntarias, por lo que, atendiendo a la dignidad humana, deben ser respetadas. Esta última posición subraya sin duda un rasgo esencial de la noción de agencia; ahora bien, esto no quiere decir que reconocer el peso de los factores que intervienen en las vidas de las personas derive en la irresponsabilidad: “El instrumental teórico que apela a la dicotomía responsabilidad/irresponsabilidad, o elecciones/circunstancias, es poco adecuado para lidiar con problemas estructurales, y es inapropiado para evaluar la situación de los que están en la peor posición” (Fatauros, 2020, p. 100).

Las desigualdades no son relevantes solo en un momento específico de los proyectos vitales; las hay tan arraigadas que requieren de la intervención estatal para distribuir los bienes sociales de tal forma que mitiguen su impacto negativo en los más desfavorecidos. Con independencia de que los seres humanos podamos vernos recompensados por nuestro esfuerzo y ambición, hay desigualdades que parecen escapar de la individualidad; desigualdades que trascienden las vidas aisladas y requieren una comprensión más integral sobre las estructuras de poder que las soportan, las facilitan y las eternizan.

#### **4. La percepción y la autopercepción de las desigualdades**

Antes he hablado de la búsqueda de un criterio que permita discernir qué desigualdades pueden considerarse justificadas y cuáles no. Un criterio bastante socorrido, decía, es el del mérito y la responsabilidad individual. Otro argumento también explorado es el de las necesidades básicas.

Aunque, en principio, todos estaríamos de acuerdo en que es posible constatar empíricamente ciertas necesidades humanas, no todos los teóricos están de acuerdo con que sea relevante dar a algunas necesidades el estatus de “básicas”.<sup>3</sup> Los enfoques que parten de una visión teleológica de la naturaleza humana suelen tener por asumido ese reconocimiento, aunque muchas veces se ha puesto en duda que esto sea necesario, optando, más bien, por dar importancia a los deseos y preferencias (Nino, 1990, p. 21). No obstante los desacuerdos, es posible afirmar que hay ciertas necesidades cuyo reconocimiento y satisfacción son fundamentales para dotar

<sup>3</sup> Sobre el concepto de necesidades básicas hay muchas controversias. Un autor cuyos trabajos son clave en relación con este tema es David Wiggins, quien, para aportar claridad, distingue entre un sentido de necesidad instrumental y uno categórico o absoluto. Cuando la satisfacción de una necesidad es un fin en sí mismo (este fin estaría relacionado con la evitación de un daño), dicha necesidad es absoluta; mientras que la necesidad se considera instrumental si es un medio para alcanzar otro fin. La conexión entre estos dos sentidos de necesidad puede establecerse en dos equivalencias: 1. Yo necesito (categóricamente) X, si y solo si, necesito (instrumentalmente) X para evitar un daño. 2. Yo necesito (instrumentalmente) X para evitar un daño, si y solo si, es necesario, siendo las cosas como realmente son, que para evitar un daño entonces tenga X (Wiggins y Dermen, 1987, p. 64).

de contenido a la autonomía personal, independientemente de los deseos o preferencias de los agentes. Reconocer ciertas necesidades como básicas es aceptar que tienen fuerza normativa y que entonces es legítimo exigir que sean satisfechas y condenar su insatisfacción como un daño al ser humano.<sup>4</sup>

Reconocer que hay ciertos bienes que satisfacen necesidades que, a su vez, posibilitan la autonomía permite visibilizar una dimensión objetiva de las desigualdades. Las desigualdades intolerables serían aquellas que guarnecen necesidades básicas insatisfechas. Sin embargo, esto no resuelve el problema. La posibilidad de observar desde un punto de vista imparcial y objetivo estas carencias se enfrenta a múltiples dificultades, algunas que tienen que ver con la percepción general de las desigualdades, pero también con la autopercepción de los actores dentro de ellas.

Gonzalo Assusa indica cómo desde la perspectiva sociológica se ha priorizado la determinación de la posición de cada individuo en la estructura social, atendiendo a factores objetivos como el ingreso o el nivel educativo cuando hay un estatus social subjetivo —la autoimagen de clase— que obstruye la reconstrucción de esta estructura. La autopercepción colapsa con las categorías de clase, presentando un problema práctico y epistemológico importante, “¿cuánto de la desigualdad social es lo que se percibe?, ¿cuánto de la realidad del funcionamiento de la desigualdad estriba en su representación?” (Assusa, 2020, p. 42). En definitiva, es sumamente complejo tener una representación fiel de las desigualdades cuando las personas no se identifican con las categorías utilizadas para medirlas. Y esto es así porque sentirse de una clase u otra atiende a cuestiones más engorrosas que la mera observación de los bienes o recursos poseídos. Por ejemplo, la negativa a ubicarse en el estrato social más bajo (el de mayores necesidades) solo puede entenderse a la luz del estigma de la pobreza; la aparente vergüenza de reconocerse como parte de la élite económica ha de revisarse desde la dominación que oculta esta negativa.

<sup>4</sup> En palabras de Ruth Zimmerling: “Las necesidades básicas simplemente son características empíricas universales de los hombres mientras estos sean lo que son... N es una necesidad básica para x si y solo si, bajo las circunstancias dadas en el sistema socio-cultural S en el que vive x y en vista de las características personales P de x, la no satisfacción de N le impide a x la realización de algún fin no contingente —es decir, que no requiere justificación ulterior— y, con ello, la persecución de todo plan de vida” (Zimmerling, 1990, p. 51).

El hecho de que una proporción considerable de la población afirme pertenecer a una clase media tiene que ver con una deficiente dimensión de los problemas sociales que nos aquejan. Como señala Hugo Seleme, los ciudadanos no somos conscientes de la magnitud de las desigualdades que nos separan. Utilizando el método de representación del economista Jan Pen, Seleme propone un ejercicio para visualizar el alcance de las desigualdades; este ejercicio consiste en correlacionar la medida de fortuna y la de estatura con los datos de pobreza y desigualdad. Así, a una determinada fortuna corresponde una determinada altura. Su conclusión es contundente: nuestros países están habitados, mayormente, por enanos. El objetivo de esta analogía consiste en poder representarnos mentalmente las brechas que nos alejan, cuya percepción está distorsionada. En nuestra autopercepción y en la percepción de otros no solo influye el estigma de ciertas ideas vinculadas al mérito, sino que se reproducen estructuras de poder. Nos negamos a denunciar la injusticia de las desigualdades porque desconfiamos de los que se encuentran en peor situación que nosotros. Los oprimidos se atacan entre sí, mientras que las élites que concentran la riqueza se mantienen al margen:

La verdadera brecha desigualitaria no es la que existe entre quien está por debajo de la línea de pobreza o justo por encima de ella, por un lado, y el habitante de la clase media que todos los meses percibe un buen ingreso que le ha permitido ser propietario de algunos bienes. La verdadera grieta provocada por la desigualdad se sitúa entre quienes poseen fortunas gigantescas y el resto de los ciudadanos, cuyas diferencias de riquezas e ingresos desde esta perspectiva son insignificantes (Seleme, 2020, p. 89).

Las desigualdades, por tanto, para poder ser apreciadas como problemáticas públicas requieren ser percibidas con la gravedad y el daño que envuelven. Estos problemas de percepción, sin embargo, no solo se dan en el propio sujeto, sino en la posible mirada de los demás. En este sentido, el trabajo de Dévora Imhoff, “Contribuciones de un abordaje psico-político a la comprensión de la dimensión subjetiva de la desigualdad social” (2020, pp. 49-64), subraya la importancia de considerar las experiencias subjetivas que se desarrollan en los escenarios de las desigualdades. Si bien

es necesario contar con un análisis descriptivo de este fenómeno, esto no permite explicar cómo es que las dinámicas que resultan en estructuras de desigualdad se alojan en nuestras sociedades, cómo es que se normalizan y se justifican en el imaginario colectivo. Comprender cómo operan los sesgos cognitivos y las funciones adaptativas de la ceguera ante determinadas situaciones es fundamental si se pretende incidir de manera efectiva en las desigualdades. Por tanto, si bien el enfoque de necesidades básicas nos proporciona un eje para comprender e incidir en aquellos factores que fragmentan a la sociedad, parece ser un enfoque insuficiente para dar cuenta de las relaciones dinámicas de nuestras comunidades que favorecen la conservación y profundización de las desigualdades.

## 5. La naturalización de las desigualdades estructurales

Llegamos así a una de las cuestiones más destacadas en la obra objeto de esta reseña. El estudio diferenciado de las desigualdades permite dar cuenta de aquellas acciones que permitirían hacer balances y compensar las ventajas de unos y las desventajas de otros, pero, especialmente, permite poner de manifiesto la existencia de un sustrato que favorece a las desigualdades y que influirá en cualquier decisión estatal que se tome para mitigar sus efectos nocivos.

Probablemente nadie negaría que nuestras sociedades son profundamente desiguales. Nadie pondría en duda que hay ciertos sectores de la población que son marginados y que viven en condiciones indignas. Por tanto, si bien hay obstáculos en la autopercepción y en la percepción de las desigualdades que influyen en que se diluya su urgencia, hay otros obstáculos que no tienen que ver con la capacidad de ver, sino con el no querer ver: “En este caso, el hecho de no ver no es un problema de tipo físico, sino moral, político” (Lariguet, 2020, p. 20).

En consonancia con lo anterior, Imhoff propone adentrarse en los factores psico-sociales y psico-políticos latentes en la justificación y reproducción de las desigualdades. Hay una configuración de la estructura social que naturaliza las diferencias y las jerarquías entre las personas y que determina nuestra comprensión y evaluación de las desigualdades.

Debido a la extensión y al impacto directo que estas tienen en la vida de las personas es razonable esperar que los más afectados sean quienes alcen la voz para desmontar prejuicios y para reclamar estrategias y acciones estatales para revertir esta situación. Sin embargo, en nuestras sociedades observamos la perseverancia de un discurso que justifica las desigualdades, que legitima las diferencias de trato, y que tiene una gran aceptación en las personas de los sectores sociales más vulnerabilizados. De ahí que Imhoff cuestione “¿No sería esperable que las personas beneficiadas por el orden desigual sean quienes lo defiendan y justifiquen, mientras que las personas en desventaja social lo critiquen y cuestionen?” (Imhoff, 2020, p. 55). Más allá del juicio rápido sobre lo absurdo de esta situación es interesante reparar en la función adaptativa que hay detrás de comportamientos y actitudes como estos. La autora señala que la legitimación de las desigualdades, su aceptación como algo natural e inevitable, reduce nuestros sentimientos de indignación moral y de culpa ante ellas. Esto explicaría por qué convivimos tan espontáneamente con situaciones que deberían dolernos, sernos intolerables. Sin embargo, como señala Amartya Sen “la adaptación de las percepciones y expectativas tiende a desempeñar un papel clave en la perpetuación de las desigualdades sociales” (2011, p. 313), así que es fundamental resistir a este señuelo.

La justificación de las desigualdades afecta la posibilidad de que la ciudadanía exija una mayor atención sobre estas, pero también afecta la propia perspectiva de las instituciones y del Derecho sobre este fenómeno. Llamosas pone de manifiesto cómo el progreso constitucional y codificador, por ejemplo, se consiguió a costa de ocultar las desigualdades, suponiendo un sujeto universal que formalmente es igual a los demás, pero que materialmente es excluyente. Las desigualdades han pasado a ser invisibles o invalidadas. Marisa Fassi y Angélica Peñas presentan un ejemplo claro de dicha invalidación. La pandemia ha mostrado el calado de las desigualdades; sus efectos han recrudecido las necesidades no satisfechas de determinados colectivos, así como su marginalidad en el espacio público. Muchas personas que realizan trabajo sexual en la calle fueron excluidas de las ayudas de emergencia pese a encontrarse en situación de extrema vulnerabilidad. En algunos países se decidió descartar el trabajo sexual como una actividad que cabe en la categoría de trabajo. Detrás de esta decisión que excluye hay

una historia de desigualdades estructurales que criminaliza la prostitución y deshumaniza a quienes la ejercen. Hay así una idea hegemónica acerca de lo que cuenta como actividades generadoras de ingresos que determina las políticas públicas y las decisiones institucionales, además del imaginario social del trabajo y la vida digna (Fassi y Peñas, 2020, p. 115). La esfera pública se muestra así como un espacio de representación y desarrollo de desigualdades.

Por supuesto, esto no pretende ser una invitación al pesimismo y a dar por hecho que estas estructuras de poder que oprimen a algunos y que priorizan los intereses de otros existen y existirán de manera indefinida en nuestras comunidades. Al inicio destacaba cómo el libro pretende ser una invitación a la acción y al cambio, no al inmovilismo. Lo que sucede es que la transformación social exige develar los complejos mecanismos que fomentan las desigualdades y mostrar las dimensiones del reto que tenemos delante. Para ello se requiere la confluencia de múltiples cuestiones, pero una fundamental tiene que ver con la formación y la sensibilización de quienes están a cargo de la toma de decisiones.

## **6. De la reflexión a la acción para la transformación social. ¿Qué educación para el agente práctico?**

En este sentido, Silvana Begala y Mariana Manzo, en “Acceso a la justicia de las personas migrantes: una práctica de extensión-comunicación” (2020, pp. 123-139), presentan un trabajo que cuestiona la capacidad de la educación jurídica tradicional para poder estar a la altura de las exigencias de nuestro tiempo. Un modelo educativo y un currículo que se encuentren dirigidos de manera exclusiva al conocimiento del Derecho positivo difícilmente permitirá a los futuros juristas ser conscientes de las desigualdades y del papel decisivo que juega en Derecho, ya sea como instrumento transformador o como uno que mantiene esas desigualdades. De ahí que insistan en la oportunidad de formar perfiles de profesionales del Derecho que sean reflexivos y comprometidos socialmente, que posean habilidades cognitivo-críticas y habilidades que les permitan valorar las repercusiones de la aplicación del Derecho (Begala y Manzo, 2020, p. 131). Para ello, sin



embargo, se requiere romper con ese modelo que recompensa la indiferencia y la falta de empatía. Es necesario que el Derecho se meta de lleno en el terreno de las desigualdades, soltando la añeja aspiración —por otra parte, puramente ideológica o enmascaradora— de construir una disciplina aislada, formal y neutral.

## 7. Conclusiones

La obra que se ha reseñado en estas páginas es valiosa en tanto que nos permite repensar la fiabilidad de nuestras creencias y percepciones, revisar nuestros sesgos y adaptaciones, así como cuestionar los discursos que presentan las desigualdades como algo inherente al ser humano y a la sociedad. Además, nos permite identificar las herramientas teórico/prácticas que requerimos para acercarnos a este complejo fenómeno, así como las limitaciones que corresponde afrontar. Al tiempo, las autoras y autores de la obra enuncian las dificultades y los retos que tenemos por delante para, desde la academia, poder contribuir a la acción frente a las desigualdades. El camino que queda por recorrer es todavía muy largo, pero aportaciones como las que he intentado mostrar aquí aportan luz sobre el sendero que debemos tomar y los pasos que lo deben recorrer.

## Bibliografía

- Aristóteles (1998). *Ética Nicomáquea*. Madrid: Editorial Gredos.
- Assusa, G. (2020). El ser social y la conciencia. Preguntas sobre la dimensión simbólica de la desigualdad social. En E. Llamosas y G. Lariguet (eds.), *Problemas en torno a la desigualdad. Un enfoque poliédrico* (pp. 33-47). Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba.
- Begala, S. y Manzo, M. (2020). Acceso a la justicia y de las personas migrantes: una práctica de extensión-comunicación. En E. Llamosas y G. Lariguet (eds.), *Problemas en torno a la desigualdad. Un enfoque poliédrico* (pp. 123-139). Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba.

- Fatauros, C. (2020). Las desigualdades que nos duelen, ¿son acaso desigualdades que deberíamos tolerar? En E. Llamosas y G. Lariguet (eds.), *Problemas en torno a la desigualdad. Un enfoque poliédrico* (pp. 93-106). Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba.
- Fassi, M. y Peñas, A. (2020). Colonialidad y pandemia 2.0. Retos para repensar los relatos sobre el trabajo sexual en Argentina. En E. Llamosas y G. Lariguet (eds.), *Problemas en torno a la desigualdad. Un enfoque poliédrico* (pp. 109-121). Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba.
- Friedman, M. y Friedman, R. (1980). *Free to Choose. A Personal Statement*. Nueva York: Harcourt Brace Jovanovich.
- Imhoff, D. (2020). Contribuciones de un abordaje psico-político a la comprensión de la dimensión subjetiva de la desigualdad social. En E. Llamosas y G. Lariguet (eds.), *Problemas en torno a la desigualdad. Un enfoque poliédrico* (pp. 49-64). Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba.
- Lariguet, G. (2018). Sócrates, tipologías de intelectuales y política: algunas referencias al caso argentino. *Literatura: teoría, historia, crítica*, 20(2), 185-220.
- Lariguet, G. (2020). Prólogo. La desigualdad: una triste e infinita melodía. En E. Llamosas y G. Lariguet (eds.), *Problemas en torno a la desigualdad. Un enfoque poliédrico*. Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba, 13-29.
- Llamosas, E. (2020). Las desigualdades jurídicas: de naturales a invisibles, entre el Antiguo Régimen y la codificación. En E. Llamosas y G. Lariguet (eds.), *Problemas en torno a la desigualdad. Un enfoque poliédrico* (pp. 65-78). Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba.
- Llamosas, E. y Lariguet, G. (2020). *Problemas en torno a la desigualdad. Un enfoque poliédrico*. Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba.
- Nino, C. (1990). Autonomía y necesidades básicas. *Doxa: Revista de filosofía del Derecho*, 7, 21-34.
- Rawls, J. (1999). *A Theory of Justice*. Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press.
- Sandel, M. (2020). *La tiranía del mérito. ¿Qué ha sido del bien común?* Barcelona: Editorial Debate.

- Seleme, H. (2020). El lugar de la democracia y la magnitud de la desigualdad. En E. Llamosas y G. Lariguet (eds.), *Problemas en torno a la desigualdad. Un enfoque poliédrico* (pp. 79-92). Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba.
- Sen, A. (2011). *La idea de justicia*. Buenos Aires: Editorial Taurus.
- Wiggins, D. y Dermen, S. (1987). Needs, need, needing. *Journal of Medical Ethics*, 13, 62-68.
- Zimmerlink, R. (1990). Necesidades básicas y relativismo moral. *Doxa: Revista de filosofía del Derecho*, 7, 35-54.



*Sección III*

**BALANCE DE  
UNA DISCUSIÓN**



## La teoría del derecho de contratos como desafío

### *The Theory of Contract Law as a Challenge*

Esteban Pereira Fredes\*

Recepción: 05/11/2021

Evaluación: 25/11/2021

Aceptación final: 02/12/2021

**Resumen:** El presente trabajo tiene por objetivo mostrar el modo en que ha transitado la discusión acerca de la teoría del derecho contractual, tomando como punto de partida el diálogo que se desarrolla en el número de *Discusiones* titulado “Contratos: entre el derecho y la justicia”. Se da cuenta del debate esgrimido entre el autor y sus comentaristas y, enseguida, se añaden consideraciones críticas respecto de la teoría del derecho contractual ofrecida por Hevia. Por último, son apuntadas observaciones acerca del desarrollo y las posibles proyecciones de la reflexión filosófica sobre el derecho de contratos.

**Palabras clave:** contratos, derecho contractual, filosofía del derecho de contratos, teoría del derecho contractual.

\* Doctor en Derecho, Universidad de Girona. Profesor de Teoría del Derecho y Derecho Privado, Facultad de Derecho, Universidad Adolfo Ibáñez, Santiago de Chile. Correo electrónico: esteban.pereira@uai.cl. Agradezco a Diego Dei Vecchi por su generosa invitación para efectuar este balance y, en especial, por su entusiasmo y paciencia para que este trabajo llegara a buen puerto. Del mismo modo, a Diego M. Papayannis por impulsarme a desarrollarlo y al evaluador anónimo por sus observaciones y valiosas sugerencias.

**Abstract:** The objective of this work is to show the way in which the discussion about the contract law theory has progressed, taking as a starting point the dialogue that takes place in the number of *Discusiones* entitled “Contracts: between law and justice”. It gives an account of the debate wielded between the author and his commentators and, immediately, critical considerations regarding the contract law theory offered by Hevia are added. Finally, observations about the development and possible projections of the philosophical reflection on contract law are pointed out.

**Keywords:** contracts, contract law, philosophy of contract law, contract law theory.

## 1. Introducción

En *Discusiones* XV es desarrollado un fecundo diálogo acerca de cuestiones relativas a la justificación y los objetivos del derecho de contratos. Tal ejercicio es desplegado a partir del trabajo de Martín Hevia “Razonabilidad y responsabilidad: Rawls, Kant y la teoría del derecho contractual”, el cual es críticamente revisado por Mauricio Rengifo Gardeazábal, Iñigo de la Maza Gazmuri y Diego M. Papayannis.

En estas coordenadas, el objetivo del presente trabajo es mostrar la manera en que ha transitado la discusión esgrimida en ese número en el contexto de la filosofía del derecho de contratos. El trabajo está construido sobre la base de tres secciones. En la segunda sección, se resumen brevemente los planteamientos esgrimidos en el marco de aquel número. En la tercera sección, en tanto, se formulan algunas consideraciones sobre el debate acerca de la teoría del derecho contractual en diálogo con la teoría de Hevia. En la cuarta sección, por último, se devela el modo en que se ha desarrollado y cómo debería proseguir la reflexión filosófica sobre el derecho de contratos.



## 2. Contratos: entre el derecho y la justicia

Un aspecto que de manera inmediata captura la atención de quien revise ese número es el título en virtud del cual se agrupan los trabajos allí contenidos. La relación entre el derecho y la justicia puede ciertamente instanciarse acudiendo a la figura contractual. Esto parece ser un rasgo común cuando se trata de nociones institucionales y no una peculiaridad exclusiva del derecho privado. Sin embargo, es efectivo que esta parcela de lo jurídico es generosa al momento de proveer de este tipo de nociones, tal como ocurre con el contrato, la propiedad, la responsabilidad, la familia o las sucesiones. Por ello, la articulación de una teoría del contrato debe atender tanto a consideraciones jurídicas como normativas. El tránsito entre el derecho y la justicia invita precisamente a la configuración de una teoría del derecho contractual que posea aptitud para explicar y justificar el contrato en las prácticas contractuales que tienen lugar del modo en que las conocemos.

La empresa de Hevia intenta conjugar ambas consideraciones para ofrecer una teoría del derecho de contratos con base en relaciones de interacción justas. Esta clase de relaciones, piensa el autor, deben entenderse formuladas a la luz de la idea de reciprocidad. Dicho criterio normativo exige que las condiciones y los términos de un vínculo contractual sean convenidas por los contratantes y que no sean fruto, por el contrario, de la imposición unilateral de una parte a la otra. De modo tal que, al tratarse de condiciones libremente acordadas por las partes de un contrato, es honrada la concepción de las personas como individuos libres e iguales para vincularse con las demás a partir de interacciones consentidas y justas. En este sentido, la reciprocidad ofrece en su esquema un criterio de corrección moral acerca de las relaciones contractuales: un contrato será justo en la medida en que esté basado en términos de interacción que hayan sido convenidos por las partes y, por el contrario, un acuerdo no será justo al defraudar las interacciones razonables mediante el establecimiento unilateral del contenido contractual. Del mismo modo, las reglas contractuales deben diseñarse en función de condiciones justas de interacción.

Estas observaciones tienen raíces intelectuales bien definidas. Se insertan en la tradición del contractualismo en filosofía política y de las éticas deontológicas en filosofía moral, echando mano de los enfoques de John

Rawls e Immanuel Kant, respectivamente. Mientras que del primero se desprende el posicionamiento del derecho de contratos en la estructura social general, del segundo es extraída la teoría jurídica contractual en particular. Hevia parece suponer que tal complementación es necesaria porque el primero estaría más bien preocupado por el derecho público que en el privado. Por ello, Kant viene a colmar este vacío a partir de un prisma sensible a los acuerdos entre particulares. Para dar cuenta de la estructura general de las instituciones sociales justas es menester atender a Rawls y, en tanto, si el objetivo es la formulación de interacciones privadas justas es indispensable acudir al pensamiento kantiano<sup>1</sup>.

La teoría del derecho contractual que el autor propone está comprometida con la división de la responsabilidad rawlsiana y, a su vez, con las ideas de persona razonable y deberes relacionales. Como es sabido, Rawls configuró su monumental teoría de la justicia en aras de una ‘sociedad bien ordenada’ en la cual existe una concepción pública de la justicia, el diseño de las instituciones se ajusta con tales principios públicos de justicia y estos, a su vez, son discernidos y puestos en práctica por los ciudadanos (Rawls, 1995b, pp. 18-19; 2004, pp. 31 y ss.). En este marco teórico está posicionada la división de la responsabilidad según la cual esta idea se encuentra escindida en dos dimensiones. En primer lugar, se encuentra la dimensión *pública* de la responsabilidad en la cual tienen lugar ciertos deberes no relacionales relativos al apoyo de instituciones sociales justas y que no se deben respecto de personas en concreto. En segundo lugar, en tanto, está el ámbito que –con ciertas reservas– podría entenderse como la dimensión *privada* de la responsabilidad en que se presentan los deberes relacionales, es decir, demandas entre las personas. Estas últimas pueden perseguir forjar sus planes personales de vida en la medida en que también

<sup>1</sup> Resulta interesante observar que esta estrategia es afín con la implementada por Ernest J. Weinrib sobre la justicia correctiva en el derecho privado. De acuerdo con esta, es necesario combinar la visión aristotélica con la kantiana, dado que el primero proporciona la estructura formal de la justicia correctiva y el segundo, por su parte, brinda una dimensión normativa centrada en los derechos de autodeterminación de los agentes libres. De nuevo, la justificación de esta conexión reside en que un modelo efectúa un trabajo que el anterior no realiza. Sobre esta cuestión, véase, Weinrib, 2017, en particular, pp. 117-144. También esto se destaca en Weinrib (2012, pp. 9-37).

permitan a las demás alcanzar sus proyectos de vida, exigiendo a los individuos responsabilizarse por sus propias vidas. Ambas dimensiones encarnan una concepción normativa de la persona según la cual en esta se conjuga su carácter de agente racional y razonable. De ahí que los términos justos de la interacción entre las personas apelen a estos rasgos en un espacio de reconocimiento público y reciprocidad para con las demás (Rawls, 2004, p. 29).<sup>2</sup> No es posible, entonces, que una persona se vincule con otra sin haber consentido a hacerlo y las reglas del derecho contractual deben establecer los límites recíprocos para que se garantice la libertad de cada individuo.

El pensamiento jurídico de Kant, por su parte, se encarga de proporcionar una *genuina* teoría del derecho privado, según es entendido por Hevia. Por ende, el esquema anterior se encaja con el modelo kantiano toda vez que hay una continuidad teórica entre ambas propuestas. Así, la capacidad que tienen las personas de desarrollar una concepción de lo bueno tiene su correlato en la noción de independencia de la teoría jurídica kantiana. Tal noción alude a la aptitud que tienen las personas, a diferencia de las cosas, de definir sus planes de actuación y elegir los medios más idóneos para alcanzarlos. Esta capacidad importa que cada persona puede determinar sus planes vitales *de manera independiente* de los demás individuos. La búsqueda de los planes personales de cada persona requiere la existencia de límites recíprocos a la libertad en el marco de los diferentes modos en que interactúan los individuos. Desde el prisma de Kant, entonces, es posible restringir la libertad para protegerla y de ahí que una privación del derecho que detentan las personas de usar los medios de la manera en que estimen conveniente autoriza la limitación de su libertad (Kant, 1999, 231§C, p. 39). No se encuentra permitido violar el derecho de las demás personas a usar los medios según lo dispongan, sin que medie su consentimiento, aun cuando tal transgresión se efectúe a propósito de la consecución de un proyecto personal.

<sup>2</sup> De acuerdo con Rawls, “[l]os términos justos de la cooperación articulan la idea de reciprocidad y mutualidad; todos los que cooperan deben salir beneficiados y compartir las cargas comunes, de la manera como se juzga según un punto de comparación apropiado” (Rawls, 1995a, p. 279).

Estas consideraciones arriban a una teoría del derecho contractual articulada sobre la base del consentimiento de los contratantes en el acuerdo y este, en particular, posee un carácter público asociado a las exigencias de tratar a las demás personas en tanto iguales. Por ello, el estándar apropiado para la configuración de la relación contractual supone un comportamiento justo en atención a su interacción con los demás. Este estándar se encuentra en sintonía con la concepción normativa de persona razonable que ocupa un lugar central en las relaciones de derecho privado. Su visión objetiva se extiende a la del consentimiento, que también es entendido mediante un enfoque objetivo. La trascendencia del consentimiento explica por qué el establecimiento de los términos del contrato de manera unilateral por una de las partes deviene irrazonable, pues deja a un contratante a merced del otro. La apuesta de Hevia es demandar a las personas un comportamiento *en interacción con otros* y no uno que atienda a lo que particularmente consideran como justo. El consentimiento, por tanto, se interpreta en términos de un estándar público y asegura que las personas iguales se relacionen en condiciones justas de interacción.<sup>3</sup>

Este despliegue argumentativo es puesto a prueba por Rengifo, De la Maza y Papayannis. Sus comentarios críticos pueden agruparse en atención al foco en que se concentra cada autor. Mientras que los dos primeros analizan la propuesta desde su falta de encaje con instituciones y figuras de las prácticas contractuales, el último la tematiza a partir de sus presupuestos e incidencias. Rengifo apunta a que la teoría de Hevia responde a una imagen de la institución contractual que no es consistente con la posición preeminente que ocupa la libertad en la tesis propuesta. Echa mano a las condiciones generales de contratación y a las situaciones contractuales de hecho como reflejos de la alteración en el modo tradicional de entender el contrato y conspicuas limitaciones a la libertad contractual de las partes, develando la incompatibilidad que media entre esas figuras y la visión tradicional del contrato (Rengifo, 2014, pp. 83-84). Por ello, la comprensión de Hevia parece más bien propia de *otra* realidad contractual y no resulta

<sup>3</sup> El trabajo analizado constituye una selección de la acabada obra que se encuentra en Hevia (2013). Esta continúa siendo, por supuesto, la obra más relevante en filosofía del derecho de contratos surgida en la comunidad académica del ámbito iberoamericano.

pertinente en los contextos actuales de contratación en que la libertad se encuentra fuertemente debilitada. De la Maza, por su parte, continúa esta ruta acerca de la falta de adecuación de la teoría de Hevia con la figura del contrato de adhesión, el objeto del contrato, las acciones frente al incumplimiento de lo convenido. A diferencia del planteamiento de Rengifo en el cual hay una evaluación crítica al empleo de la filosofía kantiana para nutrir su teoría acerca del derecho contractual, De la Maza clarifica que no se ocupará del tratamiento efectuado sobre Rawls ni su conciliación con Kant, indicando que su prisma de análisis proviene, en realidad, de la dogmática civil.

Conviene detenerse en el problema que generan los contratos de adhesión a la idea de reciprocidad y la conformación de reglas contractuales que garanticen intercambios justos. Esta clase de vínculos contractuales se caracteriza precisamente porque los términos han sido establecidos unilateralmente por una de las partes a la otra, y son frecuentemente impuestos por el contratante que está posicionado en una condición favorable y aventajada en términos económicos. Hevia parece estar aliado con la célebre frase de Fouillée según “quien dice contractual dice justo”, pero las relaciones de consumo están asociadas a la idea inversa, esto es, “quien dice justo dice contractual”. La justicia de la interacción que tiene lugar en el contrato de adhesión no está asociada, en verdad, al contenido del acuerdo, sino que con aquello que se encuentra fuera de este (De la Maza, 2014, p. 90). Si se nota el significativo impacto que tienen los contratos de adhesión y las relaciones de consumo en la contratación contemporánea, la justicia de la interacción no puede únicamente juzgarse a la luz de la unilateralidad de lo convenido, que atenta con la idea de reciprocidad y el consentimiento contractual.

Papayannis, por último, sitúa su examen crítico tanto en los presupuestos como en la incidencia de la teoría del derecho contractual de Hevia. A nivel de presupuestos, Papayannis posiciona correctamente la perspectiva de Hevia en el marco de la línea de reflexiones característica de la escuela de Toronto en filosofía del derecho privado. Gracias a la comunión del autor con este influyente prisma, extrae dos asunciones altamente problemáticas. De un lado, el énfasis en la bilateralidad de las relaciones de derecho privado. De otro, la comprensión y ordenación de cuestiones cen-

trales de esta parcela de lo jurídico como la celebración y el cumplimiento de los contratos, así como la compensación de los daños ocasionados en nuestros encuentros espontáneos, a la luz de la justicia correctiva. Al entrelazar ambas consideraciones se advierte que la estructura bilateral de la relación de derecho privado únicamente contiene razones que son relativas a los agentes y no son neutrales a estos. Tal observación debe articularse en términos unitarios y exclusivos. El derecho privado en su generalidad —y especialmente el derecho de contratos— encarna el vínculo bilateral existente entre las partes y ajusta íntegramente sus interacciones a la justicia correctiva. Desde luego, el espacio que queda al margen es aquel que podría ocupar la justicia distributiva en el derecho privado.

Desde el punto de vista de Papayannis, ambas asunciones son erróneas del modo en que son entendidas en el esquema de Hevia y ofrecen dificultades para la comprensión del derecho privado. En relación con la estructura bilateral, el autor acude a un conjunto de consideraciones que progresivamente han ganado terreno en el derecho de contratos de la tradición jurídica continental. Estas versan sobre las excepciones que hoy en día presentan los principios fundamentales de la contratación como la autonomía de la voluntad, el consensualismo y, en especial, el efecto relativo de los contratos. Dichas excepciones no solo tensionan la incuestionable vigencia de la bilateralidad, sino que también ponen de relieve el hecho de que *la* relación de derecho privado no se funda uniformemente en cánones de justicia correctiva. Al respecto, Papayannis aborda el compromiso del derecho privado con la justicia correctiva a partir del derecho contractual. Allí muestra que el principio de responsabilidad sobre la base del cual Hevia esgrime su teoría se fundamenta, en verdad, en consideraciones de justicia distributiva. Del mismo modo, los derechos y deberes que emanan para los contratantes una vez que estos celebran el acuerdo no provienen de la autonomía de la voluntad y el consentimiento, en tanto, opera en el momento de la constitución de la relación contractual, pero de modo alguno resulta exhaustivo sobre las regulaciones que guían esas interacciones. La fortaleza con que la escuela de Toronto interpreta la justicia correctiva es desplazada por la insostenible levedad que esta experimenta para dar cuenta de los distintos ámbitos del derecho privado, lo cual contribuye a echar luz sobre la dimensión pública del derecho privado (Papayannis, 2014, p. 143). En efecto, la repercusión de adoptar las directrices de Hevia

está reflejada, por una parte, en el hecho de que se resiente la posibilidad de efectuar una teoría del derecho contractual y, por otra, en que el rasgo *privado* del derecho privado oculta su innegable carácter público.

En la próxima sección de este trabajo se introducirán algunas consideraciones sobre la teoría del derecho de contratos que pueden ensanchar los órdenes de análisis de la propuesta teórica brindada por Hevia.

### 3. Hevia y la teoría del derecho contractual

Los comentarios críticos antes reseñados resultaron —como se pudiere haber anticipado— estimulantes para el autor y ello es patente en las respuestas que formula para cerrar la valiosa discusión que contiene el número (Hevia, 2014b, pp. 145-168). Quisiere continuar con este ejercicio y añadir otros ángulos gracias a los cuales es posible persistir en la reflexión sobre la teoría del derecho de contratos presentada por Hevia. Hay tres puntos sobre los cuales conviene detenerse.

En primer lugar, la teoría de Hevia se encuentra construida con base en los planteamientos de Rawls y Kant. A pesar del agudo y sofisticado empalme que logra el autor respecto de ambas posiciones, resulta interesante evidenciar las razones que abonan esta conciliación. Según Hevia, la necesidad de sumar la teoría kantiana del derecho contractual al esquema teórico provisto por Rawls reside en que este último estaba preocupado del derecho público y no del derecho privado. De ahí que naturalmente su marco teórico carezca de una teoría del derecho de contratos. Sin embargo, la omisión en que habría incurrido la teoría de la justicia rawlsiana del derecho privado es una cuestión que no está del todo clara, pero que para Hevia constituye un presupuesto inicial de su trabajo. La literatura se ha mostrado atenta a esta consideración y buena parte de los estudios coinciden en que la teoría de la justicia de Rawls no puede pasar absolutamente por alto el rol del derecho privado en la configuración de una sociedad bien ordenada, o bien, si se quiere, que el derecho privado es perfectamente encajable en la estructura general de las instituciones sociales que articula Rawls (Rawls, 1995b, p. 155). El tratamiento que este último ofrece en su obra es antes un problema de énfasis que de efectiva omisión.

Este constituye un asunto relevante para la tesis de Hevia porque en sus términos Rawls obvia tanto *el* derecho privado como *el* derecho de contratos. No obstante, hay esfuerzos tendientes a mostrar cómo podría contribuir el diseño de un derecho contractual *justo* en una sociedad que podamos calificar de *justa* (Scheffler, 2015, pp. 213-235). Tal esfuerzo es precisamente alentado a partir de institutos del derecho de contratos que auxilian *desde el derecho privado* la empresa rawlsiana.<sup>4</sup> Como se podrá observar, el tratamiento que esgrime Hevia acerca de ambas líneas de pensamiento es asimétrico tanto en su reconstrucción como en la incidencia que aquellas presentan en su tesis final. Resulta evidente que la teoría de Rawls se encuentra más desarrollada que la de Kant, en circunstancias que el primero carece de aquello que sí posee el segundo, esto es, derecho contractual. Del mismo modo, es el marco teórico de Rawls el que efectivamente delinea las ideas de división de responsabilidad, interacciones justas, reciprocidad y consentimiento que son cruciales para la teoría del derecho contractual de Hevia. Cabe cuestionarse, entonces, cuál es el verdadero rendimiento epistémico de la teoría kantiana en la propuesta del autor. El compromiso por la autonomía de la voluntad y la conformación de relaciones entre personas libres e iguales se encuentra fuertemente defendida en el esquema rawlsiano y, en verdad, se trata de la posición de mayoría en la filosofía moral y política de corte liberal. ¿Cuál sería, en definitiva, la pérdida sustantiva al interpretar la comprensión del derecho contractual desarrollada por Hevia exclusivamente en términos rawlsianos? Quizá ello serviría para revelar que tal núcleo de reflexiones es efectivamente pertinente para albergar una teoría del derecho de contratos.<sup>5</sup>

En segundo lugar, una cuestión pendiente es la calificación de la teoría presentada por Hevia de acuerdo con su compromiso con un valor unitario o bien por un conjunto variado de ellos. Su tesis admite ser interpretada

<sup>4</sup> A partir de la institución de la ventaja injusta que proscribe el aprovechamiento de una parte contratante a la otra ha sido tematizada la incidencia del derecho de contratos en la verificación de las condiciones de la justicia de corte rawlsiano. Desde estas coordenadas, véase Barceló Compte (2019, en especial, pp. 33-42). Sobre el lugar que ocupa la justicia distributiva en la empresa rawlsiana, véase Freeman (2018).

<sup>5</sup> Sobre este tipo de consideraciones puede resultar especialmente iluminadora la idea de la base pública de la justificación del contrato por la cual aboga Peter Benson (1995, pp.



como una teoría monista entendiendo que *lo* valioso de la relación contractual y del derecho de contratos reside en el consentimiento alcanzado por personas libres e iguales y que garantiza la reciprocidad de la interacción entre los contratantes. Dicha lectura esgrime la operatividad de un criterio normativo *común* para la *diversidad* de relaciones contractuales que tienen lugar. En efecto, la cuestión acerca de qué cuenta como una interacción realizada en condiciones justas debe ser resuelta con cargo a la existencia del consentimiento de las partes que genera el acuerdo y que, por el contrario, este no provenga de la imposición unilateral de los términos de un contratante al otro. Tal criterio puede ser válido para una *parte* de la contratación, pero enfrenta severas dificultades para dar cuenta de la *generalidad* de las prácticas contractuales en que el consentimiento no juega el rol preponderante que Hevia le reconoce, ni tampoco la interacción se forja entre personas libres e iguales.<sup>6</sup> Como fue visto a propósito del contrato por adhesión y las relaciones de consumo, las condiciones son establecidas unilateralmente por uno de los contratantes quien se encuentra, a su vez, en una posición contractual en que los parámetros de libertad e igualdad están profundamente desafiados. Allí podría considerarse el criterio formulado por Hevia como insuficiente, toda vez que no podría desatender la manera en que se desarrolla, de hecho, la contratación y que no encaja con la descripción que ofrece la teoría.<sup>7</sup>

Por supuesto, la teoría de Hevia podría reinterpretarse como una de corte pluralista, es decir, que reconoce la presencia de una diversidad de valores o criterios para determinar cuándo y bajo qué términos una relación contractual corresponde a una interacción justa que debe ampararse por el derecho de contratos. Pero tal ejercicio supone explicitar cuáles serían estos otros valores o criterios normativos. De la manera en que es presentada la teoría, esta no podría ser calificada como dualista ni mucho menos como pluralista. Como sea que fuere el caso, la introducción de

273-336). Su incidencia para la construcción de una teoría del derecho contractual está en Benson (2019, en particular, pp. 1-31).

<sup>6</sup> Algunos de los límites con que se enfrenta el consentimiento en el derecho de contratos se encuentran analizados en Hevia (2018, pp. 107-118).

<sup>7</sup> Acerca de las variaciones que ha sufrido el paradigma clásico del contrato y rol moderno que juega el derecho contractual, véase Atiyah (1986b, pp. 1-9).

otros valores o criterios de corrección adicionales para las interacciones acarrea otros retos que están asociados a la clarificación del *estatus* que media entre esos valores. En otros términos, sería necesario especificar si alguno de estos tiene una posición preeminente sobre otros o bien si están situados en lugares equivalentes. El modo en que estos se relacionan entre sí, y cómo estos deben ser implementados, constituye un asunto de primera importancia frente a un escenario en que las condiciones de contratación han variado sustantivamente. La dificultad que se aprecia en la teoría de Hevia y su compromiso monista es que esta se encuentra formulada sobre la base de una visión del contrato que no tiene un encaje cómodo con la realidad contractual. Se trata más bien de una concepción del contrato que no responde a las modalidades en que hoy en día entendemos las prácticas contractuales, mostrándose deudora de la *vieja ortodoxia* del derecho de contratos (Scheinman, 2000, p. 206). La apuesta monista de Hevia tampoco da en el clavo sobre el tipo de contrato que encarna el derecho contractual.

Una cuestión adicional sobre este punto radica en que la filosofía del derecho de contratos ha problematizado los caracteres de las personas que participan en la relación contractual, repensando los estándares de libertad e igualdad en el derecho de contratos y, si esto es correcto, en el derecho privado. Para Hevia las relaciones contractuales en términos de interacciones justas tienen precisamente lugar entre personas libres e iguales. Pese a que en su trabajo no hay rastros relativos a cómo deben entenderse ambas nociones, resulta evidente de que se trata de estándares normativos que la relación contractual debe satisfacer. Si bien el derecho privado, desde su configuración moderna en el ámbito jurídico continental establecida gracias a la codificación, adoptó una aproximación meramente formal acerca de las personas como sujetos de relaciones jurídicas privadas, paulatinamente tales rasgos han avanzado a dimensiones sustantivas o materiales.<sup>8</sup> Como un modo de simplificación de los destinatarios de las reglas jurídicas, los agentes fueron formalmente entendidos como libres e iguales, estableciendo un sujeto único de las relaciones de derecho (Tarello, 2002, pp. 55-59). Esto desplaza la pertinencia de consideraciones particulares

<sup>8</sup> En contra de la lectura absolutista e individualista que suele imputarse al *Code de 1804* y que se propagó al derecho privado moderno fundado en la tradición continental, véase Gordley (1994, pp. 459-505).

a favor de algunas personas respecto de las cuales puede cuestionarse su real libertad para participar en interacciones de derecho privado o la posición paritaria en que efectivamente se encuentran para desplegarlas.<sup>9</sup> Tanto la noción de libertad como la de igualdad han sido objeto de una revisión en términos de rescatar su sustancialidad o materialidad, abandonando el prisma meramente formal con que se les suele analizar en derecho privado. Lo interesante radica en que quienes han abogado por esta clase de empresa lo han hecho precisamente para fundar en tales nociones relaciones *justas* y no *solo* relaciones de derecho privado.<sup>10</sup> Del mismo modo, Hevia procura alcanzar este tipo de relaciones a través de las condiciones de interacción justas, mas lo intenta sin efectuar la relectura de la libertad y de la igualdad.<sup>11</sup>

Aquí surge de nuevo la dificultad a la que debe hacer frente la teoría de Hevia al ofrecer un esquema unitario y compartido sobre *el* derecho contractual a partir de una comprensión tradicional del contrato. El monismo de su empresa echa mano a *una* visión de la institución contractual que muestra rigidez para adaptarse a las distintas dimensiones y variantes que caracterizan el contrato en las prácticas sociales, tal como cotidianamente lo conocemos y participamos de este. Dicha concepción del vínculo contractual está forjada sobre la base de las ideas de libertad e igualdad de las partes, el consentimiento y la bilateralidad de la relación de derecho privado. Desde luego, esta forma de entender el contrato se encuentra más asociada al esquema decimonónico de contratación que al actual y de ahí que los cargos contra la propuesta de Hevia sobre el espectro del fenómeno contractual que su teoría desatiende o no logra explicar resultan ciertamente apropiados. No obstante, el tránsito desde esa comprensión particular sobre el contrato a la construcción de una teoría del derecho contractual supone cubrir no solo la *generalidad* del fenómeno sino también dar cuenta del *tipo* de fenómeno que es el contractual. Desde mi punto de

<sup>9</sup> Del mismo modo, las consideraciones unilaterales esgrimidas a favor de una parte de la relación de derecho privado han sido consideradas como inconsistentes con la igualdad transaccional y bilateralidad de la justicia correctiva. Véase, por ejemplo, Weinrib (2017, p. 17).

<sup>10</sup> Este reclamo se encuentra formulado en (Dagan y Dorfman, 2016, pp. 1395-1460). Para una evaluación crítica de dicha perspectiva, véase Gardner (2017, pp. 179-201).

<sup>11</sup> Un esfuerzo de reinterpretación de estas nociones en la teoría del derecho contractual está disponible en Dagan y Heller (2017, pp. 41-47 y pp. 67-92).

vista, el derecho de contratos tiene como uno de sus rasgos distintivos la complejidad que se manifiesta en la estructura, composición y los compromisos normativos de esta parcela de lo jurídico. El marco teórico mediante el cual se busca explicar y justificar el fenómeno debe capturar sus características y el modo en que este se desarrolla. Por ello, todo esquema que opte por resguardar y honrar la supuesta uniformidad del derecho contractual presentará dificultades para desarrollar su tarea porque sencillamente este no es el marco adecuado para abordar el fenómeno contractual.

En tercer lugar, por último, es relevante tematizar la manera en que Hevia, siguiendo la taxonomía de Stephen A. Smith, califica su visión del derecho contractual como una teoría interpretativa (Smith, 2004, p. 4). Este tipo de teorías acerca del derecho de contratos “tienen como objetivo mejorar la comprensión del derecho, poniendo de relieve su importancia o significado” (Smith, 2004, p. 5). De este modo, se debería entender que la teoría del derecho contractual de Hevia busca brindar una explicación de este ámbito que resalta su relevancia o valor. La formulación de términos de interacción justos que aseguren el respeto por el consentimiento y la reciprocidad de las partes, evitando el establecimiento unilateral del contenido de los acuerdos, muestra la importancia del derecho de contratos al refinar la manera en que nos relacionamos mutuamente y el valor de forjar vínculos contractuales entre personas libres e iguales. Desde luego, esta versión revela *un* significado valioso que posee el derecho de contratos y lo ubica en un lugar preponderante del fenómeno jurídico. En estos términos, la perspectiva de Hevia es efectivamente una teoría interpretativa.

Si bien tal calificación es apropiada, no deja de llamar la atención que el despliegue argumentativo del autor desatienda el papel de las instituciones que forman parte de esta parcela de lo jurídico, con el objeto de echar luz sobre su importancia y significado en las prácticas sociales. Una estrategia que resulta especialmente pertinente con la teoría interpretativa sobre el derecho de contratos es mostrar dichas dimensiones valiosas a partir de algunos institutos que lo conforman.<sup>12</sup> El tratamiento que esgrime Hevia, en cambio, prescinde de este prisma y solo se concentra en *la* institución

---

<sup>12</sup> Tal esquema se encuentra implementado para efectos de desentrañar los componentes altruistas que yacen en la estructura normativa del derecho de contratos en Pereira Fredes,

contractual. Tal consideración es relevante en la medida en que una lectura institucional de lo jurídico resulta particularmente valiosa para agudizar nuestra comprensión del derecho contractual. Dicha perspectiva teórica subraya las dimensiones normativas o valorativas del derecho y articula su tarea sacando partido a instituciones distintivas del área de la cual se trate (MacCormick, 2011, pp. 27-58). ¿Por qué, entonces, elaborar una teoría interpretativa acerca del derecho de contratos y obviar sus institutos característicos? La concepción tradicional del contrato que subyace a la teoría de Hevia puede precisamente ponerse a prueba acudiendo a instituciones representativas del derecho contractual que hoy en día conocemos, como ocurre con la teoría de la imprevisión, la lesión subjetiva-objetiva, la ventaja injusta, el abuso del derecho, entre otras. Gracias a estas es posible desafiar la imagen paritaria y bilateral del contrato, así como los contornos exclusivamente delineados por el consentimiento de los contratantes.<sup>13</sup>

Un instituto que se echa especialmente en falta es la buena fe. De manera progresiva la buena fe ha cobrado una relevancia crucial para la reflexión dogmática y filosófica de las relaciones contractuales y el derecho de contratos. La cuestión acerca de cómo la perspectiva de Hevia puede engarzarse con el funcionamiento y las diferentes demandas de la buena fe resulta determinante porque al menos en el contexto jurídico continental, con cargo a la buena fe, no solo importa el texto sino el *subtexto* de la relación contractual.<sup>14</sup> Asimismo, sus deberes no están únicamente orientados a no dañar los intereses de la otra parte del contrato, sino también en ocasiones a beneficiarlos, instando a un contratante a actuar positivamente a favor de aquellos. Esto revela que en instituciones como la buena fe se observa que las nociones de consentimiento y reciprocidad, del modo en

2020a (en especial, pp. 255 y ss.).

<sup>13</sup> De igual manera, a partir de ciertos institutos puede tematizarse el real compromiso del derecho de contratos por la justicia de nuestros acuerdos, poniendo de relieve que este ámbito no solo está preocupado de la justicia *procedimental* de los intercambios sino también de la justicia *sustantiva* o *del resultado* de los contratos. Al respecto, véase Atiyah, 1986a (pp. 329-354).

<sup>14</sup> Desde estas coordenadas, puede anotarse, por ejemplo, el impacto de la teoría relacional del contrato en la extensión de los deberes contractuales de las partes. Sobre este enfoque, véase Macneil, 1974, pp. 691-816.

que Hevia las entiende, deben ser repensadas. El contrato no solo obliga a lo que las partes expresa y consentidamente han convenido y, a su vez, la actuación de buena fe no solo importa para el contratante honrar un estándar de reciprocidad relativo a la abstención de lesionar a la otra parte, pues en ciertas situaciones se le exige derechamente favorecer sus intereses contractuales.<sup>15</sup>

Esta posible aproximación *institucional* permitiría, por una parte, reforzar la conexión entre la teoría del derecho contractual de Hevia y sus raíces rawlsianas y, por otra, engarzar su visión interpretativa con las coordenadas dworkinianas. En relación con la primera arista, la atención de Rawls sobre las instituciones sociales invita a tomar en cuenta a institutos como el contractual. Como antes fue sugerido, resulta indispensable determinar el papel que cumple el diseño del derecho de contratos para conformar sociedades justas.<sup>16</sup> A pesar del influjo que reconoce Hevia de la obra de Rawls en su planteamiento, esta no se ve, desde mi modo de ver las cosas, genuinamente reflejada en el análisis de instituciones del derecho de contratos. De esta manera, su examen pudiere mostrar en qué sentido ciertas instituciones del derecho contractual encarnan y fomentan los ideales rawlsianos para forjar relaciones entre contratantes considerados como libres e iguales. A partir de ello, la cuestión sobre el rol de la estructura del derecho contractual en la estructura general de las instituciones sociales

<sup>15</sup> De ahí que la composición normativa de la buena fe no es uniforme, sino que está formulada en términos bifrontes y, por ello, resulta indispensable acudir a modelos de fundamentación normativa que atiendan a ambas direcciones. De este modo, se ha propuesto que la buena fe replica un rasgo central del derecho de contratos; a saber, que hay una convivencia de parámetros del individualismo desinteresado y del altruismo moderado. Acerca de esta interpretación y su rol para capturar la complejidad del derecho contractual, véase Pereira Fredes, 2020b (pp. 111-142).

<sup>16</sup> Al respecto, Samuel Scheffler ha advertido que “la idea de que el derecho privado en su conjunto se encuentra excluido de la estructura básica es claramente insostenible, ya que ‘las formas legalmente reconocidas de propiedad’ se incluyen repetidamente entre los ejemplos canónicos de Rawls sobre instituciones que pertenecen a la estructura básica. Este explícitamente sitúa el derecho de propiedad dentro de la estructura básica, donde ocupa su lugar junto a cosas tales como ‘los mercados competitivos’ y ‘la estructura de la economía’. Y esto dificulta ver cómo el derecho de propiedad, los mercados competitivos y la estructura de la economía podrían formar parte de la estructura básica, mientras que el derecho contractual no” (Scheffler, 2015, p. 219).

sería inevitable. Sin duda, tal ejercicio estrecharía su ligazón con Rawls, pero además evitaría los obstáculos que parece enfrentar una teoría interpretativa *sin instituciones*.

Respecto de la segunda cuestión, en tanto, puede que no constituya un anhelo del autor emparentar su posición con la de Dworkin, pero, de nuevo, el carácter interpretativo de su teoría podría resultar robustecido si es que ello importa, como lo piensa Smith, echar luz sobre la importancia o significado del derecho contractual. Este rasgo de las visiones interpretativas del derecho de contratos encuentra en el esquema dworkiniano un aliado importante, ya que refleja la fuerte incidencia del ámbito institucional para efectos de mostrar las prácticas jurídicas en su mejor luz, develando el sentido de estas y su valor distintivo (Dworkin, 2012b, pp. 159-228). El derecho de contratos, en efecto, se desenvuelve en un cúmulo de prácticas sociales que debieren significar algo para quienes en ellas participan. No debemos olvidar que el modelo teórico de Hevia es marcadamente normativo y de ahí que las consideraciones valorativas sobre el derecho contractual son inevitables. Así, la interpretación constructiva se encuentra al servicio de ofrecer la mejor justificación de la práctica, procurando convertirla en lo que mejor que puede llegar a ser (Dworkin, 2012a, p. 11). Después de todo, y como insiste el título de este número, se trata de posicionar el contrato, entre el derecho y la justicia. No debería entonces abstraerse de esta empresa a la propia teoría con la cual se *interpreta* el derecho de contratos.

En la sección final de este trabajo se apuntarán unas notas sobre el modo en que ha transitado la reflexión filosófica acerca del derecho contractual, junto con algunas de sus posibles proyecciones.

#### **4. La senda de la filosofía del derecho de contratos**

La filosofía del derecho de contratos se ha desarrollado contemporáneamente bajo el alero de la filosofía del derecho privado y, por tanto, la manera en que se entiende esta última es decisiva para dar cuenta de la primera. El esfuerzo central de la filosofía del derecho privado ha estado puesto en determinar la identidad de este ámbito jurídico, así como en desentrañar sus fundamen-

tos y propósitos representativos (Pereira Fredes, 2017; Papayannis y Pereira Fredes, 2018b).<sup>17</sup> De este modo, la empresa teórica ha recorrido las diversas preocupaciones del derecho privado, tales como derecho de daños, derecho de propiedad, derecho de restituciones o enriquecimiento injustificado y, por supuesto, derecho de contratos. Esta sistematización entre el análisis filosófico acerca de los fundamentos y los propósitos del derecho contractual contribuye a mostrar cómo las investigaciones sobre esta área se han desarrollado. Tal observación revela que la discusión esgrimida por Hevia y sus comentaristas permanece absolutamente presente en la literatura, pero esta se ha especificado en las directrices trazadas sobre la base de lo que recientemente entendemos por filosofía del derecho privado.

El problema de la fundamentación normativa del derecho de contratos ha capturado la atención de esta línea de reflexiones. En el contexto contractual pueden pensarse en al menos dos cuestiones centrales. De una parte, la determinación de la justificación de la fuerza vinculante del contrato. De otra, el análisis filosófico de la fundamentación normativa del derecho contractual. Mientras que el primer asunto versa sobre la formulación del criterio valorativo que justifica la obligatoriedad del vínculo contractual, el segundo corresponde a una indagación acerca del fundamento normativo del derecho de contratos en general. Como puede observarse, ninguna de estas preocupaciones se encuentra esgrimida en la teoría del derecho contractual de Hevia ni son puestas de relieve por quienes la discuten. Por supuesto, una teoría *del* derecho contractual no puede prescindir de estos órdenes de análisis y hay buenas razones para sostener que con menor razón una teoría interpretativa del derecho de contratos podría desprenderse de ambos problemas.

Es cierto que la justificación normativa del efecto vinculante del contrato se alzó tempranamente como una de las principales preocupaciones de la filosofía del derecho de contratos y, con posterioridad, esta parece haber extraviado su nitidez en el escenario contractual. No obstante, esta cuestión merece ser revisitada y, en especial, cuando el foco de atención de la propuesta son las interacciones justas forjadas sobre la base del consentimiento de los contratantes. El consentimiento ha ocupado permanen-

---

<sup>17</sup> Sobre el debate metodológico en la filosofía del derecho privado, véase Papayannis (2016b, pp. 439-448).



temente un lugar predominante en la teoría general del contrato, siendo posicionado en el marco de los principios fundamentales de la contratación. Una cuestión significativa es que los estudios dogmáticos de derecho contractual otorgan indistintamente dos funciones al consentimiento de las partes, entendido en términos de un acuerdo entre sus voluntades. De un lado, opera como un requisito indispensable para la existencia del contrato y, de otro, sirve de fundamento para el *pacta sunt servanda* del contrato. Esta operatividad dual es, a mi juicio, un yerro persistente. La voluntad o el consentimiento actúa a propósito de la formación de la relación contractual y no, en verdad, para justificar que las prestaciones deben cumplirse de manera incondicionada por las partes. La teoría del derecho de contratos que ofrece Hevia, como fue indicado, concentra su atención en el consentimiento para asegurar la reciprocidad de la relación contractual, mas no añade observaciones acerca de su potencial rol justificativo de la fuerza vinculante del contrato. En este sentido, es plausible asumir que en su teoría el criterio de justificación de la obligatoriedad del acuerdo reside en el respeto por el consentimiento o la voluntad de las partes. Si esto fuere así, la propuesta estaría nuevamente en aprietos porque tal criterio normativo no juega el rol que la visión tradicional del contrato le atribuyó. En buena parte de la contratación contemporánea el consentimiento se encuentra severamente debilitado y, en ocasiones, es urgente repensar su real vigencia en ciertas figuras contractuales.<sup>18</sup>

Más allá de esta posible dificultad, en la filosofía del derecho de contratos el consentimiento o la voluntad de los contratantes fue reemplazado por la fuerza apelativa de las promesas. La tesis canónica en esta línea de pensamientos es el modelo de Charles Fried, quien entiende que los contratos constituyen promesas y, por ende, obligan a las partes de la misma forma. Su estrategia fue conjugar una tesis conceptual y otra normativa. Así, dado que los contratos *son* promesas, los primeros *obligan* a los contratantes con la fuerza con que las segundas vinculan a quien las formula (Fried, 1996, pp. 19-44). Esta lectura ha generado una fecunda discusión

<sup>18</sup> Un examen sobre la idea de muerte del contrato en que se muestra en qué sentido no es posible descartar del todo que este —según una determinada versión— haya efectivamente muerto, a la luz de la falta de encaje de los postulados de la comprensión tradicional del

sobre la pertinencia o no de asimilar ambas nociones (Papayannis y Pereira Fredes, 2018a, en especial, pp. 16-23). Uno de los motivos para la negativa es que la asimilación entre contrato y promesa importa la simplificación de la función en las relaciones sociales del contrato, toda vez que este contribuye a incrementar la autonomía de las partes, evitando forjar vínculos personales entre estas, con base en el propio instrumento contractual. El contrato es entendido como una opción frente a la promesa, porque en lugar de estrechar el vínculo personal, permite el distanciamiento entre los contratantes (Kimel, 2018, p. 176). La cuestión que me interesa resaltar es que la discusión acerca de la justificación de la fuerza vinculante del contrato ha girado a la investigación sobre las funciones distintivas del derecho de contratos. Por ello, no resulta baladí que el proyecto de Fried haya sido originalmente formulado —quizá de un modo optimista— como *una teoría de la obligación contractual*. A partir de la identidad entre el contrato y la promesa, entonces, podría construirse y sistematizarse *una* teoría general de lo contractual.

De ahí que otras alternativas han reorientado su interés en el respeto por la autonomía personal del contratante como un sustento para la obligatoriedad de lo pactado.<sup>19</sup> Tal criterio tendría la ventaja de adaptarse de mejor manera al contexto actual de la contratación en que la participación de la voluntad de las partes se ha resentido. Del mismo modo, el respeto por la autonomía personal exige el estándar de bilateralidad en la medida en que un contratante debe observar lo que autónomamente ha acordado, pero también esa demanda supone honrar la actuación autónoma de la otra parte del contrato. A pesar de que el cambio de protagonismo entre el respeto por la promesa efectuada y el manifestado por la autonomía personal del contratante pudiere amenazar el rol fundamental de sociabilidad entre las personas, la autonomía personal continúa ocupando un lugar preponderante en el derecho contractual.<sup>20</sup> Desde este punto de vista, el esfuerzo de Fried por articular una teoría general de la obligación contractual sobre

contrato en las prácticas contractuales cotidianas, puede hallarse en Pereira Fredes (2019b, pp. 261-306).

<sup>19</sup> En esta línea, véase Pereira Fredes (2016, pp. 87-123). El valor de la obligación contractual desacoplándolo de la promesa está esgrimido en Molina Rodríguez (2019, pp. 167-188).

<sup>20</sup> La función de sociabilidad de las promesas está enfatizada en Arendt (2005, p. 265).

la base del fundamento de su fuerza vinculante, puede ser replicado a partir de la autonomía personal de las partes. No es descartable que esta discusión sobre la justificación normativa del *pacta sunt servanda* se convierta en una estrategia de la reflexión filosófica para construir una teoría del derecho contractual. Si así fuere el caso, por ejemplo, la propuesta de Hevia debería retrotraer sus observaciones y evaluarlas según esta variante como un prometedor punto de partida.<sup>21</sup>

El problema restante en el contexto de la fundamentación del derecho de contratos radica en la indagación si acaso hay o no *un* único sustento normativo en esta parcela de lo jurídico. Tal observación echa luz acerca del modo de entender el derecho contractual desplegado por parte de la visión tradicional que lo entiende a partir de una pretensión de uniformidad que también permeó la filosofía del derecho de contratos.<sup>22</sup> De manera tradicional, este ámbito jurídico ha sido interpretado de acuerdo con un canon explicativo y justificativo común y unitario. Este recae en el individualismo filosófico y su vigencia se expande a las distintas preocupaciones del fenómeno jurídico privado.<sup>23</sup> Si bien es posible hallar diversas maneras de entender el individualismo, desde un punto de vista normativo, este importa la separación entre el interés propio y el interés ajeno y, aún con mayor relevancia, el predominio del primero sobre el segundo. En el campo contractual, por ejemplo, el contratante debe privilegiar sus intereses y conducirse en aras de maximizar los réditos que le brinde el acuerdo contractual, en la medida en que no transgreda o lesione los intereses o derechos del otro contratante.<sup>24</sup> No debe, por el contrario, actuar para favorecer o beneficiar directamente a la otra parte del contrato, resultando suficiente con que evite dañarlo. Esta forma de entender la fundamentación norma-

<sup>21</sup> Un agudo examen del rendimiento de la noción de justo precio como indicador de la estructura normativa del derecho de contratos está desarrollado en Reyes Barros, 2020, pp. 143-172.

<sup>22</sup> Para tal ambición en la teoría jurídica analítica, véase Hart, 1963, p. 41.

<sup>23</sup> Acerca del origen y la relevancia del individualismo en el derecho privado moderno puede consultarse Solari, 1946, pp. 3-58. Para una reconstrucción sobre las raíces intelectuales individualistas que informaron el derecho privado y su repercusión teórica, véase Pereira Fredes, 2021, pp. 139-150. El debilitamiento de la imagen individualista de este ámbito jurídico se encuentra revisado en Solari, 1950, pp. 1-10.

<sup>24</sup> En este sentido, Kennedy, 1976, p. 166.

tiva del derecho contractual afianza la operatividad de la autonomía de la voluntad en el escenario contractual.

Desde luego, el individualismo tiene una posición si se quiere de primacía en el derecho contractual —y en el derecho privado general— pero el desafío de la filosofía del derecho de contratos reside en determinar si es correcta o no su unicidad en la estructura de fundamentación normativa que esa esfera presenta. Hay también otros posibles modelos de fundamentación que podrían hacer frente a la aparente homogeneidad del individualismo. Así, es posible pensar en el altruismo y en la solidaridad.<sup>25</sup> Mientras que el primero en su sentido *moderado* pone en entredicho la prevalencia del interés personal sobre el ajeno, exige tener en permanente consideración los intereses de las demás personas y, a veces, insta a actuar derechamente a favor del interés del otro, el segundo afirma la continuidad de intereses entre las partes contratantes y, por tanto, exige actuar solidariamente a favor de la otra parte del contrato porque hay una comunión de intereses entre ellas. Como podrá apreciarse, el altruismo moderado no presupone lo que presupone la solidaridad —continuidad de intereses entre las partes contratantes— y de ahí que puede encajar en un mayor espectro de la contratación que el ideal regulativo de la solidaridad. Sencillamente, el *caso central* de la relación contractual es aquel en que los intereses entre las partes son discrepantes y no el supuesto en que hay comunión de aquellos.<sup>26</sup>

Una teoría del derecho de contratos hoy en día debe ofrecer una respuesta frente al interrogante sobre la fundamentación normativa del derecho de contratos y ello tiene impacto en la forma en que se articula tal teoría. Si echamos mano nuevamente a la propuesta de Hevia, es posible observar que este debate aún no era albergado al tiempo de su formulación,

<sup>25</sup> Sobre el altruismo moderado como modelo de fundamentación normativa del derecho de contratos, véase Pereira Fredes, 2018, pp. 140-142; 2020, pp. 219-234.

<sup>26</sup> Este podría ser el caso de los contratos relacionales en los cuales, en lugar de un mero intercambio transaccional y discreto, se forja una *relación* entre las partes sobre la base de su interés compartido. Puede pensarse en contratos como el de sociedad, distribución y *joint venture*, pero evidentemente reflejan una *parte* del fenómeno contractual. En otro orden de cosas, Daniel Markovits ha mostrado que un prisma puramente individualista es incapaz para capturar el ideal de comunidad y respeto que se forma en la relación contractual, con base en la colaboración que media entre los contratantes en las distintas figuras contractuales. Al respecto, véase Markovits, 2004, pp. 1417-1518.

mas de la mano de nociones como libertad, consentimiento, reciprocidad puede sospecharse que esa teoría del derecho contractual está en sintonía con una forma de individualismo *desinteresado*. Esto importa que los contratantes pueden actuar en función de alcanzar sus intereses contractuales, pero no pueden lesionar los de la otra parte del contrato. De ahí que nociones como la libertad y el consentimiento se encuentren en una posición privilegiada y, a su vez, la reciprocidad sea una manera de conjugar el predominio normativo del autointerés con el respeto por los intereses del otro contratante. El problema, y que no es advertido por esta posible reconstrucción, es que en el derecho de contratos también hay espacio para demandas positivas de actuación establecidas en el exclusivo interés de la otra parte del contrato. Tales deberes desafían la preeminencia del interés personal sobre el ajeno y, en su lugar, instan a actuar derechamente a favor de este último. Un camino que ha transitado paulatinamente la teoría del derecho contractual es buscar el modo de emparentar sus institutos característicos con aquel fundamento normativo que les sea más pertinente. Esto supone aceptar que no todas las instituciones responden a parámetros análogos ni están orientados en la misma dirección. Por ello, la determinación de este único sustento normativo o bien de más de uno de ellos deviene una tarea crucial.

Cuando prestamos atención a las finalidades en el derecho de contratos, estas naturalmente se ajustan a las distintas versiones de la idea de justicia; a saber, justicia correctiva, distributiva y punitiva. Hay áreas del derecho privado en que la reflexión filosófica actual acepta con menores reservas que hay una concurrencia de estas tipologías de justicia, como ocurre con el derecho de daños.<sup>27</sup> Sin embargo, esa cuestión en el derecho contractual constituye aún un diagnóstico preliminar.<sup>28</sup> Uno de los cargos que propinó Papayannis a Hevia estuvo asociado a la asunción de este último de que el derecho contractual es *solo* una cuestión de justicia correctiva. Por consiguiente, la justicia distributiva es ajena al derecho de contratos y también al derecho privado

<sup>27</sup> El enfoque de justicia distributiva en un sentido *débil* en el derecho de daños se encuentra defendido en Keren-Paz, 2016, en particular, 21-41. Sobre la pertinencia de las consideraciones punitivas en el derecho de daños, véase Pereira Fredes, 2015b, pp. 61-78.

<sup>28</sup> En relación con el derecho contractual y la justicia distributiva puede consultarse Kronman, 1980, pp. 472-511 y Bagchi, 2014, pp. 193-211.

general. En su comentario crítico, Papayannis abordó diversas consideraciones para dar cuenta de la participación de demandas distributivas en el derecho de contratos, distanciándose de la tesis según la cual únicamente esta parcela de lo jurídico alberga consideraciones de justicia correctiva. En estos términos, Papayannis está afirmando que a nivel de propósitos el derecho contractual cumple, al menos, dos de manera diferenciada: responde tanto a cuestiones de justicia correctiva como distributiva. El mérito de su tesis reside, a mi juicio, en situar el problema de esta última clase de justicia en una zona que es tradicionalmente aceptada como de mayor comodidad para los asuntos de justicia correctiva. Al lograr posicionar allí la justicia distributiva podrá traspalarse con menor dificultad a otras esferas del derecho privado que son menos reticentes a las demandas distributivas.<sup>29</sup>

Este diálogo entre formas diversas de entender las demandas de la justicia abre dos caminos de análisis para la filosofía del derecho de contratos. En primer lugar, el posicionamiento de la justicia correctiva, distributiva y, si es el caso, punitiva en el derecho contractual conlleva repensar el *tipo de fenómeno* que es el contractual. En distintas ocasiones, la literatura pierde de vista el hecho de que la aparente presencia unitaria de la justicia correctiva en el ámbito contractual es antes una consecuencia que un presupuesto. Se trata más bien de una consecuencia toda vez que tal consideración se extrae a partir de una imagen del derecho de contratos construida en términos de uniformidad, continuidad y homogeneidad. Desde la vereda contraria, en cambio, habría que entender que, dado que el derecho contractual constituye un fenómeno caracterizado por su complejidad, diversidad y heterogeneidad, la pertinencia de más de un objetivo para esta área resulta absolutamente válida y pertinente. En la discusión entre Hevia y Papayannis se sentaron las bases para comenzar a debatir acerca del tipo de fenómeno que es el derecho de contratos —y el derecho privado— y de ahí que resulta natural prever que

<sup>29</sup> Tal estrategia se encuentra reforzada en Papayannis, 2016a, pp. 303-368. Del mismo modo, para efectos de posicionar el altruismo moderado como fundamento normativo del derecho privado se ha acudido al derecho de contratos y derecho de propiedad, aduciendo que se trata de los ámbitos en que con mayor dificultad se acepta la presencia de directrices altruistas. En este sentido, Pereira Fredes, 2020a, pp. 261-292. Al lograr situarlas allí, sería más cómodo develar su participación en otras áreas del derecho privado como, por ejemplo, derecho de daños, derecho de familia y derecho de sucesiones.

el ejercicio intelectual se trasladará a preguntarse por los rasgos distintivos del derecho contractual que justifican la presencia de una o más formas de justicia como finalidades a las cuales cabe aspirar.

En segundo lugar, la estrategia de hacer hincapié en las instituciones del derecho de contratos cobra especial sentido cuando se trata de tematizar el compromiso de esta parcela con una o más clases de justicia. Buena parte de las transformaciones del escenario contractual está ilustrada en la configuración de institutos que se desmarcan de la comprensión tradicional del contrato —de la cual Hevia parece comulgar en su construcción teórica— y que respecto del propósito que persiguen tampoco parecen encajar con las observaciones tradicionales de justicia correctiva. Al pensar en la teoría de la imprevisión, la ventaja injusta, la lesión subjetiva-objetiva, el abuso del derecho o la relación de consumo resulta inevitable tener en cuenta consideraciones de justicia distributiva. Un panorama por el cual la filosofía del derecho de contratos debiere encauzar sus investigaciones es a un mayor nivel de sensibilidad por el modo en que operan las instituciones más representativas de este ámbito. A partir de ellas, como fue antes sugerido, será pertinente desprender un *sentido* o *significado* sustantivo que caracterice el fenómeno contractual. Por lo demás, una alternativa para conectar la filosofía del derecho de contratos con la teoría general del contrato que está en constante revisión por los estudios dogmáticos es ofrecida precisamente gracias a las instituciones contractuales. A este entrelazamiento debiere aspirar la teoría del derecho contractual y los réditos serían significativos: atenuar la brecha que aún existe entre quienes se ocupan de la filosofía del derecho de contratos y quienes despliegan los estudios dogmáticos sobre este ámbito del fenómeno jurídico privado. Desde luego, esta brecha es más bien aparente que cierta pues ambas tareas son en verdad complementarias entre sí y persiguen la comprensión del fenómeno contractual desde énfasis distintos. Mas para la reflexión filosófica resulta indispensable desplegar sus investigaciones con una fuerte sensibilidad por el derecho de contratos que tenemos, y según las modalidades en que este efectivamente se nos presenta a diario.<sup>30</sup>

<sup>30</sup> Para una cuidada evaluación sobre el rendimiento de la reflexión teórica acerca del derecho de contratos y los estudios de dogmática puede consultarse Jiménez Castro, 2017, pp. 395-421.

## 5. Conclusiones

El número XV de *Discusiones* abona el lugar de excelencia que esta publicación tiene en los estudios sobre teoría del derecho. Al prestar atención en la reflexión filosófica sobre el derecho privado y, en particular, acerca del derecho contractual devela de qué manera debe efectuarse una teoría del derecho robusta, comprometida y no estéril. Tal ejercicio intelectual vale la pena calificarlo de teoría jurídica *analítica*. La jurisprudencia analítica se mostró desde temprano particularmente interesada tanto por las cuestiones de explicación como por aquellas relativas a la justificación de las distintas esferas del fenómeno jurídico, exigiendo estudiarlo del modo en que este se presenta para agudizar nuestra comprensión acerca de su composición, institutos y prácticas sociales distintas.<sup>31</sup>

Esta forma de proceder inspira el diálogo entre la teoría del derecho contractual de Hevia y sus comentaristas. Se trata de una cuestión de primera importancia forjar una teoría del derecho de contratos que capture la complejidad del fenómeno contractual. Para ello, resulta indispensable tomarse filosóficamente en serio el derecho de contratos y este número de *Discusiones* muestra precisamente la relevancia de aquello, ofreciendo pistas acerca de cómo llevarlo a cabo. El reto que se delinea para el programa de investigación de la filosofía del derecho contemporánea es evaluar hasta qué punto en la articulación de una teoría del derecho de contratos persiste el tránsito *entre el derecho y la justicia*. Una empresa de esta índole debe lograr capturar ambas dimensiones para honrar la complejidad del tipo de fenómeno que persigue tanto describir como justificar. El resultado de este esfuerzo podrá ser suscrito sin reservas como una genuina teoría del derecho de contratos.<sup>32</sup>

<sup>31</sup> En relación con estos compromisos y la ausencia de una identidad unitaria y común en la tradición analítica de la filosofía del derecho, puede consultarse Pereira Fredes, 2015a, pp. 283-322; 2019a, pp. 55-104. El enriquecimiento de nuestra comprensión sobre el fenómeno jurídico contractual fue también apuntado en la introducción de este número, disponible en Grosman, 2014, p. 14.

<sup>32</sup> Una generosa gama de reflexiones acerca del derecho contractual puede encontrarse en Kraus, 2004, pp. 687-751; Lucy, 2004, pp. 75-108; y, recientemente, Markovits, D. y Emad, A., 2021.



## Bibliografía

- Arendt, H. (2005). *La condición humana* (trad. R. Gil Novales). Barcelona: Paidós.
- Atiyah, P. S. (1986a). Contract and Fair Exchange. En P. S. Atiyah, *Essays on Contract* (pp. 329-354). Oxford: Clarendon Press.
- Atiyah, P. S. (1986b). The Modern Role of Contract Law. En P. S. Atiyah, *Essays on Contract* (pp. 1-9). Oxford: Clarendon Press.
- Bagchi, A. (2014). Distributive Justice and Contract. En G. Klass, G. Letsas y P. Saprai, (eds.), *Philosophical Foundations of Contract Law* (pp. 193-211). Oxford: Oxford University Press.
- Barceló Compte, R. (2009). *Ventaja injusta y protección de la parte débil del contrato*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- Benson P. (1995). The Idea of a Public Basis of Justification for Contract. *Osgoode Hall Law Journal*, 33(2), 273-336.
- Benson P. (2019). *Justice in Transactions. A Theory of Contract Law*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press.
- Dagan, H. y Dorfman, A. (2016). Just Relationships. *Columbia Law Review*, 116(6), 1395-1460.
- Dagan, H. y Heller, M. (2017). *The Choice Theory of Contracts*. Cambridge: Cambridge University Press.
- De la Maza Gazmuri, Í. (2014). Razonabilidad y responsabilidad: a propósito de la teoría del derecho contractual del profesor Martín Hevia. *Discusiones*, 15(2), 85-100.
- Dworkin, R. (2012a). *El imperio de la justicia*, 2.<sup>a</sup> ed. (trad. C. Ferrari). Barcelona: Gedisa.
- Dworkin, R. (2012b). *Una cuestión de principios* (trad. V. Boschioli). Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.
- Freeman, S. (2018). *Liberalism and Distributive Justice*. Oxford: Oxford University Press.
- Fried, C. (1996). *La obligación contractual. El contrato como promesa* (trad. P. Ruíz-Tagle). Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Gardner, J. (2017). Dagan and Dorfman on the Value of Private Law. *Columbia Law Review Online*, 117, 179-201.

- Gordley, J. (1994). Myths of the French Civil Code. *The American Journal of Comparative Law*, 42(3), 459-505.
- Grosman, L. S. (2014). Introducción: Filosofía del derecho contractual. *Discusiones*, 15(2), 7-14.
- Hart, H. L. A. (1963). *El concepto de derecho* (trad. G. R. Carrió). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Hevia, M. (2013). *Reasonableness and Responsibility. A Theory of Contract Law*. Dordrecht: Springer.
- Hevia, M. (2014a). Razonabilidad y responsabilidad: Rawls, Kant y la teoría del derecho contractual. *Discusiones*, 15(2), 15-47.
- Hevia, M. (2014b). Respuesta a las críticas. *Discusiones*, 15(2), 145-168.
- Hevia, M. (2018). Los límites del consentimiento en el derecho contractual. En D.M. Papayannis y E. Pereira Fredes (eds.), *Filosofía del derecho privado* (pp. 107-118). Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- Jiménez Castro, F. (2017). Teoría del derecho de contratos y su relación con la dogmática. *Revista Chilena de Derecho*, 44(2), 395-421.
- Kant, I. (1999). *La metafísica de las costumbres*, 3.ª ed. (trad. A. Cortina Orts y J. Conill Sancho). Madrid: Tecnos.
- Kennedy, D. (1976). Form and Substance in Private Law Adjudication. *Harvard Law Review*, 89(8), 1685-1778.
- Keren-Paz, T. (2016). *Derecho de daños, igualdad y justicia distributiva* (trad. G. Perrotta). Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- Kimel, D. (2018). *De la promesa al contrato: Hacia una teoría liberal del contrato* (trad. M. Parga). Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- Kraus, J. S. (2004). Philosophy of Contract Law. En J.L. Coleman y S. Shapiro (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law* (pp. 687-751). Oxford: Oxford University Press.
- Kronman, A. T. (1980). Contract Law and Distributive Justice. *The Yale Law Journal*, 89(472), 472-511.
- Lucy, W. (2004). Philosophy and Contract Law. *University of Toronto Law Journal*, 54, 75-108.
- MacCormick, N. (2011). *Instituciones del derecho* (trad. F. Atria y S. Tschorne). Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- Macneil, I. R. (1974). The Many Futures of Contract. *Southwestern California Law Review*, 47, 691-816.

- Markovits, D. (2004). Contract and Collaboration. *The Yale Law Journal*, 113, 1417-1518.
- Markovits, D. y Emad, A. (2021). Philosophy of Contract Law. En E.N. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2021 Edition), forthcoming URL = <<https://plato.stanford.edu/archives/win2021/entries/contract-law/>>.
- Molina Rodríguez, C. (2019). El valor de la obligación contractual. En E. Pereira Fredes, (ed.), *Fundamentos filosóficos del derecho civil chileno* (pp. 167-188). Santiago de Chile: Rubicón Editores.
- Papayannis, D. M. (2014). La insoportable levedad de la justicia correctiva en el derecho contractual. *Discusiones*, 15(2), 101-144.
- Papayannis, D. M. (2016a). *El derecho privado como cuestión pública*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Papayannis, D. M. (2016b). Internismo y externismo en el derecho privado. En G. Lariguet (comp.), *Metodología de la investigación jurídica: propuestas contemporáneas* (pp. 439-448). Córdoba: Editorial Brujas.
- Papayannis, D. M. y Pereira Fredes, E. (2018a). Estudio introductorio y análisis crítico de la teoría contractual de Dori Kimel. En D. Kimel, *De la promesa al contrato: hacia una teoría liberal del contrato* (pp. 13-50). Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- Papayannis, D. M. y Pereira Fredes, E. (2018b). Introducción: sobre la filosofía del derecho privado. En D.M. Papayannis y E. Pereira Fredes (eds.), *Filosofía del derecho privado* (pp. 15-42). Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- Pereira Fredes, E. (2015a). Tradición analítica de la filosofía del derecho. En F. Vergara Ceballos (ed.), *Problemas actuales de la filosofía jurídica* (pp. 283-322). Santiago de Chile: Librotecnia.
- Pereira Fredes, E. (2015b). Un alegato a favor de las consideraciones punitivas en el derecho privado. *Revista de Derecho*. Escuela de Postgrado, 7, 61-78.
- Pereira Fredes, E. (2016). *¿Por qué obligan los contratos? Justificación normativa de la obligatoriedad del vínculo contractual*. Santiago de Chile: Thomson Reuters.
- Pereira Fredes, E. (2017). ¿Filosofía del derecho privado? En J.C. Marín González y A. Schopf Olea (eds.), *Lo público y lo privado en el derecho*.

- Estudios en homenaje al profesor Enrique Barros Bourie* (pp. 193-261). Santiago de Chile: Thomson Reuters.
- Pereira Fredes, E. (2018). Altruismo y derecho contractual. En D.M. Papayannis y E. Pereira Fredes (eds.), *Filosofía del derecho privado* (pp. 139-168). Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- Pereira Fredes, E. (2019a). Carrió y la filosofía analítica del derecho. En D. Sierra Sorockinas (ed.), *Notas (al margen) sobre Derecho y Lenguaje* (pp. 55-104). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Pereira Fredes, E. (2019b). Muerte del contrato. En E. Pereira Fredes (ed.), *Fundamentos filosóficos del derecho civil chileno* (pp. 261-306). Santiago de Chile: Rubicón Editores.
- Pereira Fredes, E. (2020a). Algunas maneras de mostrar el altruismo en el derecho privado. En J.A. García Amado y D.M. Papayannis (eds.), *Dañar, incumplir y reparar. Ensayos de filosofía del derecho privado* (pp. 217-299). Lima: Palestra.
- Pereira Fredes, E. (2020b). La buena fe y sus fundamentos normativos. *Latin American Legal Studies*, 7, 111-142.
- Pereira Fredes, E. (2021). ¿Cómo repensar la pobreza desde el derecho privado? En C. Fernández Blanco y E. Pereira Fredes (eds.), *Derecho y pobreza* (pp. 129-170). Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- Rawls, J. (1995a). *Liberalismo político* (trad. S. R. Madero Báez). Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- Rawls, J. (1995b). *Teoría de la justicia*, 2.<sup>a</sup> ed. (trad. M. D. González). Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- Rawls, J. (2004). *La justicia como equidad. Una reformulación* (trad. A. de Francisco). Buenos Aires: Paidós.
- Rengifo Gardezabal, M. (2014). Teoría del contrato, libertad y determinismo social: la posición incompatibilista. *Discusiones*, 15(2), 49-84.
- Reyes Barros, J. (2020). Más allá de la justicia conmutativa: Derecho de contratos, justicia y precios justos. *Latin American Legal Studies*, 7, 143-172.
- Scheffler, S. (2015). Distributive Justice, the Basic Structure and the Place of Private Law. *Oxford Journal of Legal Studies*, 35(2), pp. 213-235.

- Scheinman, H. (2000). Contractual Liability and Voluntary Undertakings. *Oxford Journal of Legal Studies*, 20(2), 205-220.
- Smith, S. A. (2004). *Contract Theory*. Oxford: Oxford University Press.
- Solari, G. (1946). *Filosofía del derecho privado. I. La idea individual* (trad. O. Caletti). Buenos Aires: De Palma.
- Solari, G. (1950). *Filosofía del derecho privado. II. La idea social* (trad. O. Caletti). Buenos Aires: De Palma.
- Tarello, G. (2002). Ideologías del siglo XVIII sobre la codificación y estructura de los códigos. En G. Tarello, *Cultura jurídica y política del derecho* (pp. 43-64) (trad. J. L. Monereo Pérez). Granada: Comares.
- Weinrib, E. J. (2012). *Corrective Justice*. Oxford: Oxford University Press.
- Weinrib, E. J. (2017). *La idea de derecho privado* (trad. E. Paez). Madrid-Barcelona: Marcial Pons.



# Instrucciones para autoras/es





*Discusiones* publica debates en torno a un texto principal, además de diferentes secciones con textos críticos. El ámbito temático de la revista incluye la filosofía del derecho, la filosofía moral y política, así como la teoría del derecho penal, privado y constitucional. Los textos deben reflejar conocimiento original e inédito. La revista consta de dos números al año publicados en junio y diciembre de cada año.

Cada número de la revista constará de cuatro secciones: la sección principal será dedicada a la discusión de un trabajo central, seguido por una serie de comentarios críticos y una réplica por parte del autor/a del trabajo principal. La sección *Discusiones: Cortes* está destinada a discutir críticamente tanto un fallo o línea jurisprudencial de alguna Corte o Tribunal de relevancia, como cuestiones relativas al diseño institucional del Poder Judicial. La sección *Discusiones: Libros* albergará trabajos que discutan una idea central presente en un libro o conjunto de artículos considerados clásicos o de reciente aparición. Por último, la sección *Discusiones: Balance* consistirá en un apartado dedicado a retomar discusiones anteriores que hayan tenido lugar en esta revista o en otras sedes, intentando proyectarlas hacia el futuro.

### **Envío y evaluación**

Todo artículo o propuesta de discusión debe ser enviado al Director o la Secretaría de Redacción (fjarena@gmail.com, samantaborz@gmail.com, danidomeniconi@gmail.com)

*Discusiones: sección principal.* El contenido de esta sección surgirá de la decisión del Consejo Editorial, por propuesta del Comité Científico o por una propuesta externa. Las propuestas de discusión para esta sección deben enviarse con el texto principal que se propone como eje de discusión y los nombres y vinculación institucional del/de la editor/a y los/las discutidores/ras. La propuesta será evaluada por el Consejo Editorial pidiendo parecer al Comité Científico. En caso de ser aceptada, el texto principal será remitido por la Secretaría de redacción para su referato ciego por dos

pares externos. Finalizado el proceso de evaluación, corresponderá al/a la editor/a propuesto/a la coordinación de la discusión, recopilando los textos críticos de las personas indicadas como comentaristas y la réplica o respuesta final a las críticas por parte del/la autor/a principal. Los textos propuestos para esta sección no deberán exceder las 10.000 palabras y deberán respetar las normas editoriales de la revista.

*Discusiones: Cortes.* La participación en la sección resultará mediante invitación del director o de las editoras o mediante propuesta externa. La propuesta debe ser enviada a las editoras Flavia Carbonell (fcarbonell@derecho.uchile.cl) o Carolina Vergel (carolina.vergel@uexternado.edu.co) y debe indicarse en el asunto y cuerpo del mensaje que se envía para la sección en cuestión y adjuntar los siguientes documentos: (1) archivo word conteniendo únicamente los datos del/la autor/a (nombre y apellido, cargo/posición, institución de pertenencia, ciudad, país, correo electrónico); (2) archivo word con el texto propuesto, sin datos ni referencias que permitan identificar su autoría; (3) en su caso, archivo word o pdf de la/s sentencia/s analizada/s. Tanto en el caso de invitación como en el de propuesta externa, el texto será remitido por las editoras para su referato ciego por pares externos. El texto no deberá exceder las 10.000 palabras y deberá respetar las normas editoriales de la revista.

*Discusiones: Libros.* La participación en la sección resultará mediante invitación del director o de las editoras o mediante propuesta externa. La propuesta debe ser enviada a las editoras Janaina Matida (janainamatida@gmail.com) o Lorena Ramírez (lorena.ramirez@upf.edu) y debe indicarse en el asunto y cuerpo del mensaje que se envía para la sección en cuestión y adjuntar dos documentos: (1) archivo word conteniendo únicamente los datos del/la autor/a (nombre y apellido, cargo/posición, institución de pertenencia, ciudad, país, correo electrónico); (2) archivo word con el texto propuesto, sin datos ni referencias que permitan identificar su autoría. Tanto en el caso de invitación como en el de propuesta externa, el texto será remitido por las editoras para su referato ciego por pares externos. El texto debe contener un abordaje crítico y preciso sobre el libro objeto de discusión, no deberá exceder las 10.000 palabras y deberá respetar las normas editoriales de la revista.

*Discusiones: Balance.* La participación en la sección resultará mediante invitación del director, del editor o de la editora o mediante propuesta externa. La propuesta debe ser enviada al editor Diego Dei Vecchi (deivecchidm@gmail.com) o a la editora Laura Manrique (laumanrique@hotmail.com) y debe indicarse en el asunto y cuerpo del mensaje que se envía para la sección en cuestión y adjuntar lo siguientes documentos: (1) archivo word conteniendo únicamente los datos del/la autor/a (nombre y apellido, cargo/posición, institución de pertenencia, ciudad, país, correo electrónico); (2) archivo word con el texto propuesto, sin datos ni referencias que permitan identificar su autoría. Tanto en el caso de invitación como en el de propuesta externa, el texto será remitido por las editoras para su referato ciego por pares externos. El texto debe contener un abordaje crítico y extenso de alguna de las discusiones que han sido objeto de números anteriores de la revista o que se hayan llevado a cabo en otras publicaciones y deberá, además, incluir nuevas proyecciones y actualizaciones del debate analizado. Finalmente, el texto no deberá exceder las 10.000 palabras y deberá respetar las normas editoriales de la revista.

### **Instrucciones generales de escritura y citado**

Todos los trabajos estarán redactados con interlineado a espacio y medio y letra fuente Times New Roman 12. A partir del segundo párrafo se utilizará sangría izquierda de 0,5 cm. en la primera línea (el primer párrafo no lleva sangría). Se debe evitar el uso de tabulación, lista y viñetas.

El título principal, en español, estará redactado en negrita, con interlineado a espacio y medio, alineado a la derecha y en letra fuente Times New Roman 14. Debajo deberá incluirse, en *cursivas*, sin negritas y alineado a la derecha, el título en inglés.

Inmediatamente bajo el título principal de cada trabajo (alineado a la derecha), en letra fuente Times New Roman 12, las/os autoras/es pondrán su nombre con una llamada a pie de página, en asterisco, en la cual harán mención de su grado académico, de su pertenencia institucional (incluyendo ciudad y país) y de su correo electrónico.

A dos espacios (abajo) del nombre, se ubicará, en español y en inglés, el resumen, de no más de 150 palabras, y las palabras claves (entre 3 y 6). Deben redactarse en letra tamaño 10, interlineado sencillo y con sangría izquierda y derecha de 1 cm en todas las líneas. Primero se incluirá la versión en español y, a un espacio (abajo), se incluirá la versión en inglés.

A dos espacios (abajo) se ubicará el primer título. Los títulos y subtítulos estarán redactados en negrita y tamaño 14, dejando un espacio entre el (sub) título y el primer párrafo. La numeración de los títulos y subtítulos se hará en números arábigos. Ej: 1. Mujeres al poder; 2.1. Feministas a la cabeza

Las citas textuales, de una extensión menor a tres renglones, se indicarán entre comillas voladas dobles y se usarán comillas voladas simples si la cita incluye comillas. Las citas textuales de una extensión mayor a tres renglones se deberán indicar en párrafo separado, sin comillas, con sangrías izquierda y derecha de 1 cm en todas las líneas, sin sangría en primera línea, y deberán estar redactadas en fuente Times New Roman 11, redondas, interlineado simple. Debe dejarse un espacio antes y después de la cita.

En caso de que la/el autor/a decida insertar argumentos en párrafo separado fuera del cuerpo del texto, el formato será en Times New Roman 12, interlineado 1,5, con sangrías izquierda y derecha de 1 cm en todas las líneas, sin sangría en primera línea, sin uso del formato de tabulación, numeración y viñetas. Debe dejarse un espacio antes y después.

### **Referencias:**

Se realizarán siguiendo el sistema de la American Psychological Association (APA - 6th edition). Por lo que preferiblemente se incluirán en el cuerpo del texto y deben ir entre paréntesis, indicando el apellido de la autora o autor, la fecha de publicación y el número de página(s). Ejemplo: “Como se ha dicho, el derecho es doblemente indeterminado (Guastini, 2014, p. 55)”. Si se hace una mención general, se hará constar solamente el apellido de la autora o autor y el año de publicación de la obra. Ejemplo: “Este

tema ya ha sido abordado otras veces (Bayón, 1994; Redondo, 1996)”. Las referencias bibliográficas se harán en notas a pie de página únicamente cuando sea inadecuado para el desarrollo del texto hacerlo en el cuerpo del texto. Ejemplo: “Véase, para una versión diferente de esta tesis (Celano, 2013, pp. 135-136)”. Los números que reenvían a las notas se ubicarán luego del signo de puntuación. Las notas al pie de página deben ser enumeradas consecutivamente y debe redactarse con fuente Times New Roman 10, interlineado sencillo.

La bibliografía se incorporará al final del artículo, antecedida por el título “Bibliografía” en fuente Times New Roman 14, en negritas, y deberá contener exclusivamente las obras citadas (tanto en el cuerpo del texto como en las nota a pie de página). Las referencias, ordenadas alfabéticamente según el apellido del autor o autora, se harán de la siguiente manera (para más indicaciones consultar directamente las normas APA 6ta edición):

Si se trata de un libro: Guastini, R. (2011). *La sintassi del diritto*. Torino: Giappichelli.

Si se trata de capítulo en obra colectiva: Celano, B. (2013). What can Plans do for Legal Theory?. En Canale, D. y Tuzet, G. (eds.), *The Planning Theory of Law* (pp. 129-152). London: Springer.

Si se trata de un artículo en revista: Redondo, M.C. (2006). Sobre la completitud de los sistemas jurídicos. *Análisis Filosófico*, 26(2), 294-324.

Las obras de un mismo autor o autora se listarán en orden descendente por fecha de publicación y usando letras cuando haya más de una publicación para un año (2010, 2001, 1997a, 1997b, etcétera).

La bibliografía estará redactada en letra Times New Roman 12, interlineado de 1,5 y llevará sangría francesa de de 0,5 cm.

## Lenguaje inclusivo

La Revista Discusiones recomienda y valora positivamente el seguimiento de las siguientes reglas de lenguaje inclusivo:

(i) Evitar el uso del masculino de manera genérica (*i.e.*, evitar “el refugiado” y usar, en cambio, “la persona refugiada”) y el uso de falsos genéricos (*i.e.*, evitar “los hombres” y usar, en cambio, “las personas” o “la humanidad”).

(ii) Preferir el uso de genéricos terminados en A, E o L (*i.e.* “la/el pianista”, “las/los asistentes”, “la/el profesional”) o, en su defecto, el correspondiente desdoblamiento (*i.e.*, “las/os niñas/os”, “la/el deportista”). En este último caso, se podrá apelar a las perífrasis o giros para evitar sobrecargas (*i.e.*, “Las personas interesadas” en lugar de “las/los interesadas/os”)

(iii) Evitar el uso de denominaciones sexuadas (*i.e.*, evitar “una mujer policía” y usar, en cambio, “una policía”).

(iv) Al proponer ejemplos, evitar aquellos que reproduzcan y refuercen un estigma, paradigma, sesgo, canon o dispositivo de opresión cuando, obviamente, no estén destinados a ejemplificar alguna de estas circunstancias.

Se terminó de imprimir en 2021  
en Ediuns, Bahía Blanca, Argentina.  
Se imprimieron 50 ejemplares

